TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO

DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XIV

Pretensões e ações imobiliárias dominicais. Perda da propriedade imobiliária.

PARTE XIV

Pretensões e ações imobiliárias dominicais

CAPITULO 1

PRETENSÕES E AÇÕES DOMINICAIS

§ *1.567.Pretensões e ações reais.* 1. Conceitos. 2.Ações do titular do direito de propriedade. 3. Prescrição 1.568. *Pretensões especificas.* 1. Classificação das pretensões pela eficácia. 2. Vicissitudes do dominio

CAPÍTULO II

AÇÃO DECLARATÓRIA

§ 1.569. *Conceito e pressupostos.* 1. Ação declaratória. 2. Interesse na ação. 3. Cumulatividade. 4. Condominio e comunhão “pra diviso”. 5. Declaração negativa de direitos reais ou de limitações ao conteúdo do direito de propriedade

§ 1.570. *Duração e ação declaratória.* 1. Imprescritibilidade. 2. Tempo e declaração CAPITULO III

AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

§ 1.571. *Pretensões e ações que nascem do dominio.* 1. Ofensa ao dominio. 2. Dominio e “ius possidendi”

§ 1.572. *Conceito de reivindicação.* 1. Reivindicar. 2. “Vindicatio sacramento” e dever de tolerar a retirada da coisa ..

§ 1.573. *Pretensão e ação de reivindicação.* 1. Pressuposto do dominio atual. 2. Pressuposto da pEsse da coisa pelo réu. 3. Pretensão reivindicatória e legitimação ativa e passiva. 4. Cessibilidade da pretensão reivindicatória. 5.

Pretensão à reivindição e independência em relação a outras pretensões.6.Ação reivindicatória e ação declaratória.

7. Ação de rei-vindicação e ação de indenização. 8. Lugar de entrega.9.Ônus da prova

§ 1.574. *Legitimação passiva na reivindicação.* 1. Possuidor mediato e possuidor imediato e “laudatio auctoris”

§ 1.575. *Objeto da ação de reividicação.* 1. Objeto da ação de reivindicação. reivindação do bem reivindicando

§ 1.576. *Defesa e exceções do demandado.* 1. Objeção radical. 2. Objeção ao “jus possidendi”. 3. Legitimação a possuir por parte do demandado. 4. Alegação de aquisição ao autor. 5. Alegacão de direito de pEsse. 6. Extinção da pretensão à reivindicação. 7. Reivindicação e prescrição

§ 1.577. *Eficácia da sentença reivindicatória.* 1. .Fôrça da sentença reivindicatória. 2. Dever de assistir na retificação do registro do imóvel. 8. Alienação antes da reivindicação. 4. Reivindicatória e ação declaratória da propriedade

§ 1.578. *Cumprimento da sentença reivindicatória.* í. Sentença favorável na ação de reivindicação. 2.

Impossibilitação da reivindicação. 3. condenação em indenização. 4. possuidor imediato, réu na ação. 6. Sentença contra o possuidor mediato

§ 1.579. *Reembolso de gastos ao possuidor.* 1. Problema técnico do reembôlso. 2. Quando há direito a reembôlso.

3. Benfeiterias necessárias e gastos necessários. 4. Direito de retenção que tem o possuidor com benfeitorias. 5.

Benfeitorias feitas por antecessor do possuidor

§ 1.580. *Valor das benfeitorias.* 1. Valor atual e valor de custo. 2.Boa fé e má fé. 3. Benfeitorias úteis e gastos inúteis. 4.Benfeitorias voluptuárias. 5. “Mora accipiendi” do proprietário Conceito de “ius tollendi”.

§ 1.581. *“lua toilendi”.* 1. foi o dono da coisa que a uniu à outra. 3. Pretensão a toler. 4.Interesse no toler. 5.

indenização no caso de “ius tollendi”

§ 1.582. *“Utilis rei vindicatio”.* 1. “Utilis rei vindicatio” e direito romano. 2. Ás teorias em tôrno das fontes romanas. 3. As espécies de aquisição com dinheiro alheio e o direito brasileiro CAPITULO IV

AÇÃO NEGATÓRIA

§ 1.583. *Pretensão e ação negatórias.* 1. Ofensa sem retirada da pesse. 2. Pressuposto negativo na ação negatória.

3. Dano à propriedade não é pressuposto. 4. Direitos de vizinhança e ação negatória. 5. Limitações ao conteúdo do direito de propriedade e ação negatória

§ 1.584. *Legitimação ativa e passiva.* 1. Legitimação ativa. 2. Legitimação passiva

§ 1.585. *Força e eficácia da ação negatória.* 1. Ação negatória e ação declinatória negativa. 2. Ação negatória e condenatoriedade

§ 1.685. *Execução da sentença negatória.* 1. Incidentes processuais. 2.Direito processual. 8. Diferença de carga executiva

CAPITULO V

PRETENSÕES E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

1 1.588. § 1.589. indenização. 3. Regra de método. 3. Prescrição ordinária e especial *Ação de indenização contra o possuidor.* 1. Ate ilicite e direito de propriedade. Reivindicação e indenização .

PEsse de boa fé e pEsse de má fé. 1. PEsse e propriedade. 2.Má fé do possuidor CAPÍTULO VI

RESTRIÇÕES DE PODER

§ 1,590. *Limitações de poder e restrições de poder.* 1. Bens imóveis e restrições de poder. 2. Nulidade

§ 1.591. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.* 1. Restrição do poder de alienar

§ 1.592. *Bem de família.* 1. Conceito. 2. Pressuposto. 3. Escritura pública e publicidade. 4. Publicidade e transcrição. 5.Dívidas anteriores. 6. Eficácia “erga omnes” e real. 7.Invalidade e ineficácia. 8. Cancelação da transcrição. 9.Regras jurídicas fiscais. 10. Praxe registária e registro do bem de família. 11. Retificação da transcrição e do cancelamento

§ 1.593. *Restrição em lei.* 1. Terras da União destinadas a fina agridas e à colonização. 2. Lei e limitação; lei e restrição

PARTE XV

Perda da propriedade imobiliária

CAPITULO 1

PERDA DA PROPRIEDADE

§ 1.594. *Perda da propriedade.* 1. As causas segundo a lei. 2. .Código civil, art. 590. 3. Execução forçada. 4.

Perdimento do bem

§ 1.595. *Negócios jurídicos entre vivos e perda da propriedade imovel.* 1.Alienar, o que é. 2. Transcrição. 3.

Alienante e adquirente

CAPITULO II

ALIENAÇÃO

§ 1.596. *Negócios juridicos bilaterais* 1. Conceito de alienação.2.Transmissão entre vivos e transmissão a causa de morte.3.Transcrição. 4. Alienação dos bens imóveis da União.5.Terrenos destinados a fins agrícolas e de colonização.6.Legitimação de terras de pEsseiros

§ 1.597. *Propriedade, condição e termo.* 1. Condição e termo. 2. Fonte e estrutura da propriedade resolúvel. 3.

Alienação dos bens imóveis da União. 4. Terrenos destinados a fins agricolas e de colonização. 5. Legitimação de terras de pEsseiros

CAPITULO III

PROPRIEDADE RESOLUVEL

§ 1.598. *Condição e termo sus pensivos e resolutivos.* 1. "~emel dominus semper dominus". 2. Negócio jurídico, acordo de transmissão e transmissão. 3. Condição suspensiva e propriedade imobiliária

§ 1.599. *Direito anterior.* 1. Ordenações Afonsinas e direito pesterior. 2. A doutrina

§ 1.600. *Perda da propriedade e prescrição.* 1. Encobrimento de eficácia e desaparição da eficácia. 2. Situação do proprietário a que prescreveu a ação pEssessória ou a reivindicatória

§ 1.601. *Resolução do dominio.* 1. Distinção entre eficácia real e eficácia pessoal. 2. Terras devolutas e propriedade. 3. Pré-contratos *e* contratos de compra-e-venda de lotes ...

CAPÍTULO IV

RENUNCIA

§ 1.602. *Dados históricos.* 1. Direito visigótico e direito romano. 2.Direito brasileiro

§ 1.603. *Renúncia e perda da propriedade imóvel.* 1. Renúncia e abandono. 2. Eficácia da renúncia. 3. Eficácia descontitutiva.

4.Renúncia à parte indivisa. 5. Renúncia a elementos inseparáveis. 6. Renúncia e nova aquisição. Renúncia em juízo

§ 1.604. *Poder de renunciar e direito à transcrição.* 1. Renúncia e transcrição. 2. Renúncia e direito à retificação.

3. Pré-contratos e contratos, pretensão a liberar-se

CAPITULO V

ABANDONO

§ 1.605. *Abandono e perda da propriedade imóvel.* 1. Causa, segundo o Código Civil, art. 589, III. 2. Três soluções, uma das quais é a brasileira

§ 1.600. *Eficácia do abandono.* 1. Usucapião do prédio abandonado. 2.Eficácia. 3. Não há consolidação entre condôminos 1

CAPITULO VI

AQUISIÇÃO POR OUTREM

§ 1.607.U *sucapião e aquisição por lei especial.* 1. Perda da propriedade por incidência do princípio “Duorum in solidum dominium esse non pEsse”. 2. Usucapião e perda de propriedade

§ 1.608. *Direitos formados, direitos formativos e pretensões à aquisição.* 1.Direitos formativos à aquisição e alienação. 2. Exemplificação. 3. Direitos formados e perda. 4. Perda da propriedade por execução forçada CAPITULO VII

DESAPROPRIAÇÃO

§ 1.609. *Conceito de desapropriação.* 1. O que é desapropriação. 2.Conflito entre o interesse público e o privAdo.

3. Concepção privatística da propriedade. 4. Pressuposto da desapropriação perante a Constituição de 1946. 5. Se há negócio jurídico na desapropriação. 6. Vedação do uso e desapropriação. 7. Outras imissões permitidas. 8.

Direito constitucional e desapropriação

~ 1.610. *O direito de desapropriar e seus pressupostos.* 1. Direito de desapropriar. 2. Direito pessoal ou real? 3.

Natureza da aquisição

§ 1.611. *Titularidade do direito de desapropriar.* 1. Entidades estatais e direito de desapropriar. 2. Se o poder de desapropriar é delegável

§ 1.612. *Objeto da desapropriação.* 1. Bens desapropriáveis. 2. Interesse público. 3. Limite do interesse público. 4.

Desaparição do interesse do Estado. 5. O Código Civil, art. 1.150. 6.Caracterização objetiva da desapropriabilidade. 7. Dominio e entidades estatais

1.613. *Direitos atingidos pela desapropriação.* 1. Dominio e outros direitos desapropriáveis2. "Propriedade", no art. 141,§ 16, 1~a parte, da Constituição de 1946. 3. Acordo e indenização. 4. Direito real não completado. 5.

Enfiteuse e direitos reais limitados 6. Desapropriação de elemento do direito de propriedade

§ 1.614. *Pressuposto da necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social.* 1. Constitucionalidade do pressuposto de direito material. 2. Conceitos de direito constitucional. 3. Utilidade e necessidade do patrimonio dominical. 4. Conteúdo da contestação. 5. Segurança constitucional *e* desapropriação.

§ 1.615. *Pressuposto da declaração de desapropriação.* 1. Importância da declaração de desapropriação. 2.

Superveniência da Constituição de 1946. 3. Natureza da declaração de desapropriação. 4. Exigências constitucionais e legais

§ 1.616. *Indenização e seus pressupostos.* 1. Interesse público e interesse privado. 2. Princípio da indenização 7

§ 1.617. *Pressupostos da indenização justa e prévia.* 1. Tutela jurídica e função do Estado. 2. Ato do Estado, contrário a direito. 3. Indenização prévia (a). 4. Indenização justa (b). 5.Indenização em dinheiro (c). 6. Direito a prestação indenizatória e dever de indenizar. 7. Perda da propriedade e indenização. 8. Quanto da indenização. 9.

Momento da decretação de desapropriação. 10. Indenização «previa" e eficácia de decisões

§ 1.618. *Cômputo da indenização.* 1. Valor do bem desapropriado. 2.Desmonte, reinstalação e funcionamento. 3.

Momento em que se fixa o valor. 4. Elementos para a avaliação do prédio. 5.Avaliação ou declaração de valor antes feita. 6. Tomada de pEsse antes da indenização e responsabilidade ...

§ 1.619. *Desapropriação e acordo.* 1. Negócio jurídico ou ação em juízo. 2. Processo de desapropriação e acordo

§ 1.620. *Cumprimento do acordo do art. 10 do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 19~41.* 1. Transcrição do acordo. 2. Acordo e pEsse

§ 1.621. *A ação de desapropriação.* 1. Declaração de desapropriação e ação em juízo. 2. Forma, em juízo, da desapropriação.

3.Pressupostos exigidos aos julgadores. 4. Petição inicial e outros atos processuais. 5. Acordo quanto à contraprestação e homologação judicial. 6. Custas

§ 1.622. *Citação do dono do bem desapropriado.* 1. Pressuposto da citação. 2. Continuidade do registro

§ 1.637. § 1.638.

§ 1.623. *Recurso da sentença de fixação.* 1. Apelação. 2. Recurso extraordinário

§ 1.624. *Desistência e renúncia.* 1. Renúncia à desapropriação. 2.Prazo preclusivo e declaração de desapropriação.

3. Renúncia e desistência após a prestação da indenização ..

§ 1.625. *A sentença constitutiva final.* 1. Imissão de pEsse e transferencia da propriedade

§ 1.626. *PEsse pelo desapropriante.* 1. Desapropriação e ímsssão de pEsse. 2. Imissão provisional na pEsse. 3.

Ações pEssessórias pendente o processo de desapropriação

§ 1.627. *Eficácia da desapropriação.* 1. Finalidade e eficácia da sentença de desapropriação. 2. Fôrça e eficácia da sentença de desapropriação. 3. Aquisição segundo o direito privado

CAPITULO VIII

REQUISIÇÕES

§ 1.628. *Imissões constitucionalmente permitidas.* 1. Requisição e propriedade. 2. Dados sistemáticos sôbre o instituto. 3. Natureza dos atos de imissão permitida por lei. 4. Danos ressarciveis, em caso de imissão

§ 1.629. *Limitação ao conteúdo da propriedade.* 1. Dever de tolerar e indenização. 2. Responsabilidade independente de toda a culpa. 3. Legitimação ativa e passiva

CAPITULO ii

INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

§ 1.630 *Incursões estatais e direito de propriedade.* 1. Constituição de 1946. 2. Problema histórico da intervenção estatal. 3. Intervenção e monopolização. 4. Exemplificação. 5. Verificação judicial. 6. Poder executivo e intervenção no dominio econômico

§ 1.631. *Intervenção distribucional.* 1. Intervenção estatal e distribuição. 2. “Distribuir”. 3. Compra e venda forçadas

CAPITULO X

PERECIMENTO

§ 1.632. § 1.633.

§ 1.634. *Causa de perecer* 1. Nascer e perecer. 2. Terrenos e perecimento *Natureza do fato do perecimento.* 1. Fato jurídico "stricto sensu". 2. Conteúdo do art. 589, IV, do Código Civil 282 *Perecimento parcial.* 1. Diminuição. 2. Perecimento parcial e perda parcial do direito CAPITULO XI

PERDIMENTO PENAL DE BENS

§ 1.635. *Sequestro e perdimento.* 1. Constituição de 1946, art. 141, § 31, 3.~ parte. 2. Perdimento e confiscação. 3.

Competência de aplicação da lei e pressupostos do enriquecimento

§ 1.636. *Objeto do perdimento penal.* 1. Proprietário e perdimento. 2.Direitos reais imobiliário.

§ 1.637. § 1.638.

§ 1.639. *Pós-destinação.* 1. Análise do art. 141, § 31, 3ª parte, da Constituição de 1946. 2. Perdimento e confisco *Momento da perda.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro

CAPITULO XII

AÇÕES CONCERNENTES À PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Pretensões declaratórias e pretensões constitutivas. 1. Perda da propriedade imobiliária. 2. Momentos anteriores à perda da propriedade imobiliária

§ 1.640. *Antinomia do justo e do julgado.* 1. Incidência e aplicação da lei. 2. Propriedade e injustiça. 3. Perda da propriedade por injustiça da decisão

§ 1.641. *Transcrição da transferência e ações após ela.* 1. Perda pela transcrição e atos jurídicos para serem transcritos. 2. Ações após a transcrição

§ 1.642. *Renúncia e ações.* 1. Renúncia e ações antes da transcrição. 2.Renúncia e ações depois da transcrição

§ 1.643. *Abandono e ações.* 1. Antes da aquisição pelo Fisco. 2. Após a aquisição pelo Fisco

§ 1.644. *Perecimento de imóveis e ações.* 1. Perecimento dos imóveis e interesse do perdente ou de terceiro na declaração. 2. Ações conexas à declaratória

§ 1.645. *Perda pelo advento do termo ou no implemento da condição.* 1.Antes do advento do termo ou do implemento da condição.2.Após o advento do termo ou do implemento da condição.3.Reversão de bens 1.646. *Perda por incursão do Estado e ações.* 1. Incursão por intervenção na economia ou em planejamento urbanistico ou rural ou em medidas de saúde pública ou outro interesse público.2.Desapropriação CAPITULO XIII

REVERSÃO DE BENS DESTINADOS A SERVIÇO AO PÚBLICO

5 1.647. *Concessão e reversão.* 1. Direito administrativo e direito privado. 2. Reversão. 3. Reversão e outras categorias jurídicas. 4. Propriedade resilível

§ 1.648. *Fundamento da pré-configuração e do contrôle.* 1. Natureza dos serviços ao público. 2. Ato jurídico da concessão. 3. Contrato. concernentes à concessão

§ 1.649. *Continuidade necessária dos serviços a público.* 1. Cessação da concessão e interesse na continuidade do serviço ao público. 2.Destinação e patrimonio especial. 3. Reversibilidade e patrimonio especial. 4. Pré-inclusões e pré-exclusões. 5. Interpretação das cláusulas sôbre reversão e sôbre não-reversão 1 1.650. *Poder de dispor, durante a concessão.* 1. Discriminação dos bens e poder de dispor. 2. Bens não-vinculados

1 1.651. *Acidentes dos patrimonio.*. 1. Destinação e três destinação. 2.Destinação e poder de dispor CAPITULO XIV

TRANSMISSÃO A CAUSA DE MORTE

§ 1.652. *Morte e presunção de morte.* 1.Transmissão sem perda.2. Morte e perda

§ 1.653. *Transmissão e transcrição.* 1.Transcrição dos atos jurídicos entre vivos. 2. Transcrição dos atos jurídicos a causa de morte.

CAPITULO XV

CONSIDERAÇÕES FINAIS

§ 1.654. *Bens imóveis e bens móveis.* 1. Direito imobiliário. 1.Dominio e direitos reais limitados

§ l .655. *Direito brasileiro.* 1. Penalidades. 2. Aquisição e perda da propriedade imobiliária CAPITULO 1

PRETENSÕES E AÇÕES DOMINICAIS

§ 1.567. Pretensões e ações reais

1.CONCEITOS. Há as pretensões reais que s~o dirigidas *erga omites,* embora, para se exerceram, tenham de ir contra alguém a que toca, no momento, tolerar a exigência; e as pretensões pessoais que consistem em se exigir de algum que dê algo, ou não dê, ou faça, ou não faça, ou tolere, ou não tolere. As pretensões reais e as pessoais são tratadas diferentemente pelo sistema jurídico, razão por que as próprios prazos de prescrição costumam ser diferentes.

2.Ações DO TITULAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE. As pretensões que tem o titular do direito de propriedade ou são reais ou são pessoais. A ação para a restituição do bem imóvel ou móvel que outrem possui é real. A ação para haver a indenização pelo ato ilícito absoluto que alguém praticou, pondo fogo às matas, ou cortando árvores do terreno alheio, é pessoal.

3.PRESCRIÇÃO. A prescrição refere-se às pretensões, e não só às ações. As pretensões que existem enquanto existe o direito real são

imprescritíveis, com ele cessam; outrossim, as pretensões que apenas são dependentes da exercício de algum poder por parte de outro proprietário. Há direitos dependentes e direitos independentes da existência do direito real. A ação de indenização por ato ilícito absoluto, com base no art. 159, é independente de ainda existir a titularidade do dominão, tal como era. A ação para haver reparação de danos causados pela árvore que invade o terreno, sem se lhe poderem cortar as raízes, é ligada ao direito de propriedade. Só o proprietário atual a pode propor. Quando se estabelece o contôrno do conteúdo do direito de propriedade, contorno que depende das limitações legais, de um lado e do outro, e do *branco* que as incursões permitidas fazem, não há falar-se em direito nem em dever independentes, há o direito de propriedade em sua expansão própria e o dever de outrem, dependente do próprio direito de propriedade. Já o vimos, concretamente, quando, no Tomo XIII, se tratou o assunto no tocante aos direitas de vizinhança.

§ 1.568. Pretensões específicas

1.CLASSIFICAÇÃO DAS PRETENSÕES PELA EFICÁCIA. As pretensões reais podem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas, como as outras pretensões. A dosagem da eficácia é semelhante à dosagem da eficácia das outras pretensões. O domino, ou, melhor, a relação jurídica de domino, irradia direitos, pretensões, ações e exceções, que dele dependem e acompanham a titularidade do direito de domino, que é como a soma de todos os direitos do dono do bem.

2.VICISSITUDES DO DOMINÃO. Pode o dominão ser ofendido no *jus possidendi;* a reação do dominão aliás, a ação

é a de se buscar a pEsse, vindicando-se a coisa. Pode o dominão ser ofendida com ata que nAu atinja a pEsse; e a ação há de ser condenatória dêsse ato. Pode o dominão ser apenas negado: e à ação bastaria a fôrça de declaração.

Pode o dominão ter contra a sua regularidade o erro do registro: e a ação a propor-se é a ação que produza .o mandamento de retificação do registro. Pode o dominão dar ao titular o ensejo de obter a constituição de algum direito: e a ação tem de ser a que o constitua. Muitas ações pessoais, *in rem scriptae* ou não, amparam o titular do direito de propriedade. O trato delas tem de ser à medida que se

apresenta cada espécie. Algumas merecem especial referência.

a)Há a pretenção a que se exiba e há a ação *ad exhibendum* que lhe corresponde. Exibir é pôr a coisa em tal posição diante de alguém que a interessado possa conhecer a identidade OU a qualidade dela. Quem exibe não entrega. o conteúdo da prestação é menos do que entregar, é mostrar. Quem entrega deixa de ter. Quem exibe continua tendo, apenas tem fora *(ex, habeo)*. Algumas vêzes, *ezhzbere* aparece nas fontes como se significasse mais do que isso *(e.* g., L. 2, § 1, D., *de periculo et oommodo rei verulitae,* 18, 6; L. 57, O., *de lega~tis et fideicornmissis,* 30), inclusive entregar (L. 47, D., *de actionibws empti venditi,* 19, 1); mas a falta de sentido técnico ressalta. Â pretensAo a que se ajuda com a pretensão à exibição pode ser real ou pessoal; e aquela pretensão, a que mais freqUentemente a pretensão à exibição auxilia, é a pretensão reivindicativa. E di-lo ULPLIANO (L. 1, D., *ad ezhibendum,* 10, 4): "I-Iaee actio ... maxime propter vindicationes inducta est". Não se exclui em se tratando de imóvel (L. 8, D., 10, 4; sem razia, G. DEMELIUS, *Pie Exhibitioflspfltcht,* 62 s.; com razão: MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commenta"rta.,* II, 202; CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* §

233, ed. de 1918, 244 s.). "Exhibere" não é "edere", editar, anunciar, que supõe comunicação de conteúdo intelectual, em vez de *materiax corporis praesenttt&* (L. 4-13, D., *de edendo,* 2, 13; J. BÚHLER, *Pie* Adio ad exhibendum, 7).

Há fundamento de interesse, e não só de equidade, em que, dadas certas circunstânCias, se haja de exibir, ainda que se trate de imóvel (sôbre a *aequitas exhibitionis,* O. A. ALBRECHT, *Die Stellung der rtimischen* Âequitas, 60

s.). O que é preciso é que haja o dever de exibir que se irradia com a incidência de alguma das regras juridicas dos arts. 218 e 220, ou de qualquer outra regra jurídica, em que se encontre *zusta causa* para a exibição (ei. F. VON

SAVIGNY, *S"ystem,* 1, 286; O. EINERT, *Tractatus de Actione ad exhibendum,* 50 s.). São exemplos de interesse suficiente: o do senhorio para que o enfiteuta lhe mostre os sítios e demarcações das terras; o do vizinho para que se lhe mostre a direÇÃO que tomam as raízes da árvore invadentes de seu terreno; o do comuneiro *pro dzvzso* da parede para ver até onde foi cavada a parede em que se colocou cofre.

ULHANO (L. 8, § 3, D., *ad exhibendum,* 10, 4) disse que a ação de exibição é "personalis"; e através de séculos se repetiu. Muco DONELO

(Commentarii, XII, 68 a.) foi o primeiro a sustentar ser real a ação, entendendo que o adjetivo "personalit", no texto de ULPIANO, não significava não-real, mas sim não transmissivel a herdeiros *(e.*

g., L. 7, C., *de revocandis donationibtts,* 8, 55). No direito brasileiro, a ação e pessoal i *n rem scrtptt,* nas espécies concernentes a coisas como nas espécies concernentes a documentos (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* §

288, 244). O Código de Processo Civil, art. 221, frisa a pessoalidade da ação: "Se o terceiro, notificado, não exibir o documento, poderá o interessado cobrar-lhe, por ação direta, a indenização dos danos sofridos, sem prejuízo da responsabilidade penal por desobediência". Quanto aos outros figurantes, ou o" outro figurante da relação jurídica processual, já se havia dito no art. 219: "Desde que só o exame do documento possa confirmar ou destruir as alegações do requerente, o juiz poderá considerá-las provadas, se forem verossimeis e estiverem coerentes com as demais provas dos autos: 1. Quando a parte condenada a exibi-lo negar que o possua, ou recusar a exibição. II.

Quando as circunstâncias convencerem de que a parte condenada à exibição ocultou ou inutilizou o documento, para impedir-lhe o uso pelo requerente". De modo que, na ação de reivindicação, o juiz considera provadas as alegações *sem forçar à exibição, materidmeflte* a preceitação foi implícita no *mandado* do art. 216 do Código de Processo Civil. (A respeito convém advertir-se em que o principio *Nemo contra se edere tenetur* não significa que possa alguem se furtar a obediência de mandados exibitórios apenas exprime que só se não é obrigado à edição de documento se não há, *in casu,* dever de editar, *obUgatio edendi,* cf. K. A. VON VANGEROW, *LehrbuCh,* III, 674; J. BOHLER, *Die AcUo* ad exhibendunt 27, nota 1.)

A pretensão à exibição pode exercer-se preparatóriamente (Código de Processo Civil, arts. 676, V, e 684); ou como ação de segurança (art. 676, V), sem que à cautelaridade se junte preparatoriedade; ou *incidenter,* no correr do processo, se a exibição se fêz necessária e pesteriormente ao inicio da lide, ou devido à articulação do réu (Código de Processo Civil, arts. 216-222) ; ou como ação bastante em si (= independente). Para a *acUo ad ezhibendunv praeparatortd,* como para a *acUo ad exhibendum quae ad exciudendum veZ separandurn valet,* ou para todos os casos de preventividade o processo e o dos arts. 676, V, e 216-222 do Código de Processo Civil. A ação exibitória independente, como se foi exercida a pretensão exibitória para se optar *(e.* g., Código Civil, arts.

875-877), é ação de rito ordinário, ou ação de preceitação fundada no art. 302, .Tudo isso concerne ao processo, de modo que foi de nenhum valor a classificação de C. EINERT *(Tractattw de Áctione ad exkibefldum,* 101, 170, 185

s. e 211 s.), ao encambulhar espécies processuais e espécies de *actiones* ou pretensões, no sentido do direito material. A referência do art. 676, V, aos arts. 216-222 do Código de Processo Civil não pré-exclui a ação de cominação, com base no art. 802, XII, do mesmo Código, se a eficácia segundo os arte. 219 e 221 não bastaria. A ação *ad exhibendl* não é ação ligada ao dominão, pôsto que o ter dominão possa bastar à prova do interesse na exibição. Por outro lado, a exibição pode ir contra o proprietário da coisa. O que importa é que haja interesse na exibição e que esteja de pEsse da coisa o demandado. Pode cumular-se com a ação de reivindicação, com a ação declaratória do direito de propriedade, com a ação negatória e com a ação de retificação do registro.

i» A ação de preceito cominatório pode ser fundada, em moratoria imobiliária, no art. 802, VII, VIII, IX, ou XII, do Código de Processo Civil.

c)A ação de abstenção, de que se falou no Tomo V, § 627, é ação que tem o preceito, ou inicialmente, ou inserto na sentença. Até certo ponto coincide com a ação negatória, de fonte romana; não é, porém, a mesma: os juristas romanos em verdade especializaram o que daria, nos tempos modernos, a ação geral de abstenção. A pretensão à abstenção é, por sua vez, a própria pretensão de senhoria, ou de titularidade do direito real, e não pretensão anexa (F. ENDEMÃNN, *LehrbtLth,* II, *1,* $.S. □

9 B ed., 590, nota 20). Onde há dúvida quanto a caber a ação negatória, a ação de abstenção, que abrange mais, é de propor-se. A ação pEssessória por turbação é ação de abstenção; e há a ação por inquietação à pEsse, sem ser a ação interdital, com o pedido, a mais, de demolição ou reparação do prejuízo pela turbação (E. SCHMIDT, *Der negolorfreht Beseingsanspriich,* 41 s.).

Quando, em relação ao proprietário, o demandando está munido de poder de incursão ou de ato negativo, de que se tivesse de abster (= de omissão, quando o dever seria de ato positivo), toca-lhe *objeção,* e não *exceção.*

d)A pretensão à retificação do registro tem-na o proprietário que não está figurando no registro, ou que nêle figura inexatamente, ou que

sofre ofensa com alguma transcrição, inscrição ou averbação. Não se compreende nem se inclui na pretensão à abstenção, ou, sequer, na pretensão negatória. Trata-se de pretensão *real.* Tão-pouco é a pretensão a que ,o adquirente por negócio jurídico nulo, ou anulado, ou rescindido, sofra a retranscrição, pretensão obrigacional (= pessoal) derivada do enriquecimento injustificado (cp. arte. 964-968). A pretensão a que se refere o art. 967 não é a pretensão à retificação, prôpriamente dita; é pretensão *pessoal* ao restabelecimento do antigo estado, por meio de retificação (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 273 ed., 131). A transcrição da aquisição do imóvel, ainda se inexata, produz direitos que dão ensejo a pretensões e ações. Se o não-proprietário aliena o fundo e se transcreve o acordo de transmissão, há a pretensão de retificação do registro, que tem o proprietário; e o próprio vendedor pode ter *condictio* para a devolução da propriedade, se é o caso. Se o proprietário que nulamente ou ineficazmente acordou na transmissão, ou obteve decretação de anulação, ou por outro modo conseguiu desfazer o acordo, dando-se o ennquecimento injustificado, quer reaver o imóvel regularmente transcrito, toca-lhe a pretensão *pessoal* contra o adquirente para o restabelecimento do antigo estado.

e)Algumas pretensões reais são imediatamente derivadas do direito de propriedade, tendo-se discutido, durante seculos, se eram poderes ou pretensões, tal como a respeito da pretensão a dividir, que, exercida pelo proprietário exclusivo, não se via como pretensão (contra todos, inclusive o Estado, que somente por lei e respeitados os princípios constitucionais, pode *limitar* o conteúdo do direito de propriedade, e, portanto, essa pretensão), mas aparecia como *obligatio ad dtvidendum,* entre condôminos. A respeito interveio a concepção francesa, erradissima, do “acte déclaratif” na divisão, proveniente de MOLINAUS *(Opera omitia,* 1, §§ 22, n. 69, 33, n. 74 e k, e 73,

n. 11), teoria falsa e perigosa (cp. J. 5. Ptfl‟rn, *Auserlesene Rechtslãlle,* 526-531; H. GÕPPERT, *Beitr&ge zur Lehre iom Miteigentum,* 64 s.). A própria divisão do terreno ABC em terrenos A, B e C não é declarativa: desconstitui ABC e constitui três terrenos. pois no momento *b* existe o que não existia no momento a e deixou de existir no momento b algo que existiu no momento a.

O que mais importa é partir-se da afirmação de que há pretensões reais, que são imediatamente irradiadas do direito de propriedade e não se há de exigir, portanto, que a elas corresponda direito (real) não identificado com o direito de propriedade. Praticamente, não há inconveniente em que se fale de direito à divisão, se por direito de divisão se entende, elipticamente, pretensão oriunda do direito de dominão, considerando-se o dominão como a soma dos “direitos” (das

pretensões) contidos no dominão. Teôricamente, não; porque a senhoria, que há no dominão, é una.

Outro ponto em que por vêzes há confusões e discussões inúteis é quando se chama direito à pretensão, ou à ação, ou a algum poder contido em direito. Alguns dizem que todo poder a que não corresponde direito independente direito não é; outros, que o poder, que se contém em direito, é direito, porque aparte do direito, ao lado de outros poderes que são as outras partes. Em verdade, há conveniência em se precisarem os conceitos; mas as elipses pululam no direito como em todas as ciências, e o que melhor se há de fazer é ir-se apontando, a cada espécie, o que corresponde à mais exata terminologia, mostrando-se, quando útil, o que é falar elíptico e como se há de obviar aos seus inconvenientes.

Temos, após êste capitulo liminar, de tratar das ações mais frequentes que nascem de pretensões dominicais imobiliárias: a) a ação declaratária; *b)* a ação de reivindicação; e) a ação negatória; *d)* ações de indenizações.

As confusões que a cada passo se encontram entre as duas primeiras e, por vêzes, entre as três sugerem que se lhes dê trato especial, mostrando-se-lhes as parecenças e as diferenças essenciais. Por outro lado, a ação declaratória, ainda quando se refira a direito real, não tem, de si só, a eficácia sentencial *erga omites,* que os leigos e os juristas mal informados esperam; donde a importância que tem, nas ações declaratórias de direito dominical ou de outros direitos reais, o procedimento edital.

Teremos, assim, ensejo de pôr ao vivo que a sentença, na ação declaratória, só tem eficácia declaratória entre partes; que a sentença, na ação reivindicatória, pode não ter declarado, ou, se declarou, não o fêz perante todos; que a ação negatória é especifica e o direito brasileiro a mantém, com traços marcados pela história mesma da ação; e que a ação de indenização não se confunde com as outras ações ou pedidos subsidiários de indenização.

CAPITULO II

AÇÃO DECLARATÓRIA

§ 1.569. Conceito e pressupostos

1.Ação DECLARATORIA. As ações declaratórias são uma das classes das ações. As ações ou são declaratórias, ou constitutivas, ou condenatórias, ou mandamentais, ou executivas. A ação declaratória do art. 2.~, parágrafo único, do Código de Processo Civil é apenas uma das espécies de ações declaratórias. A sentença apenas decide se há ou não há a relação jurídica real, de que se irradia o direito de propriedade; na espécie, o direito dominical. A eficácia é só entre partes, o que, dada a natureza do dominão, que é *erga omites,* estabelece a situação de decisão que somente concerne a certo *raio* do direito, de modo que outrem, para quem não tem eficácia a sentença, pode vir contra o autor vitorioso em luta com o réu ou os réus. Essa incoincidência da eficácia da sentença na ação declaratória com a eficácia dos direitos muito perturbou, por muito tempo, os juristas, razão para que não vissem ou menosprezassem o papel da ação declaratória, no tocante ao dominão e aos outros direitos reais. A relação jurídica real é relação jurídica como as outras; e seria absurdo que a respeito dela não se pudesse pôr e exigir solução à questão sôbre existência:

existe, *in catu,* ou não existe relação jurídica dominical? Hoje, a declaração judicial da propriedade é objeto de ação, o que se não pode discutir sem se tentar cortar o conceito mesmo da ação declaratória. Pede-se a declaração positiva ou negativa do direito de propriedade (K. HELLwIG, *Anspruch und Xlagrecht,* 82; L. ROSENHERC, *Lehrbuch,* 53 ed., 370) como se pede a declaração da relação de pátrio poder, de cidadania, de paternidade legitima ou de maternidade legitima e de relação jurídica processual. O edital é que pode estender a todos a eficácia de coisa julgada, sendo réus, então, os citados ou o citado e "os demais interessados". O édito estabelece a coincidência entre a extensão da eficácia da sentença declaratória e a eficácia da relação jurídica declarada.

2.INTERÉSSE NA AÇÃO. Quem se diz dono de algum bem tem sempre interesse em que se lhe declare a existência da relação jurídica dominical. Só excepcionalmente poderia o juiz exigir que provasse o interesse econômico ou moral, a que se refere o art. 22 do Código de Processo Civil. No parágrafo o único do art. 2.~, acrescenta-se: "O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração de autenticidade ou falsidade de documento". São inconfundíveis a ação de declaraÇÃO de

autenticidade da escritura pública ou do escrito particular, em que se insere acordo de transmissão, e a ação de declaração da existência da relação jurídica de propriedade. O acordo de transmissão pode existir e ser-lhe declarada a existência, sem que se haja transmitido a propriedade *(e. g.,* outrem, com outro acordo de transmissão, chegando ao cartorio antes do autor de ação declaratória de autenticidade, obteve a transcrição). Também a ação declaratória de falsidade de documento não se confunde com a ação declaratória negativa da relação jurídica de propriedade, porque há casos em que a transmissão se opera a despeito de ser falso o acordo de transmissão, cabendo a responsabilidade segundo os princípios que foram expostos no Tomo XI.

3.CUMULABILIDADE. Algumas ações têm, necessAriamente, carga de eficácia declarativa tal que a sentença faz coisa julgada material. Outras, porém, não a têm, ou só a têm em alguns casos, ou quando explícito o pedido de declaração. Ali, se se quer a declaração da relação jurídica de propriedade, é preciso que se cumulem as ações; aqui, respectivamente, é prudente ingeri-lo, ou torná-lo explícito.

4.CONDOMINÃO E COMUNHÃO "i"Ro DIVISO". A ação declaratória pode ser exercida para a declaração da existência ou inexistência da comunhão "pro indiviso" ou "pro diviso",bem como para se declarar qual a quota on a parte dominica divisa no bem comum. Também, pelo cônjuge, para se declarar se é comum ou se é particular o bem trazido ou adquirido após o casamento. O art. 623, II, é invocável, por analogia (cf. G. PLANCK, *Kommentar,* III, 543; sem razão, 3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 187); mas a sentença desfavorável não faz coisa julgada contra os que não foram partes.

5.DECLARAÇÃO NEGATIVA DE DIREITOS REAIS OU DE LIMITAÇÕES AO CONTEÚDO DO DIREITO

DE PROPRIEDADE. O titular do dominão pode ter interesse em que se declare, negativamente, o direito real de alguém, ou a existência de limitaçãO ao conteúdo do direito de propriedade, sem que tal ação se confunda com a ação negatória, de que adiante se tratará. Tal o que ocorre quando alguém se pretende titular de servidão (G.

PLANCIC, *Kommentar,* III, 592; H. DERNBUR, *Das Ejirgerliche Recht,* III, 586). A ação é cumulavel com a de abstenção, OU com a negatória, coxa que também não se confunde. Ou quando alguém se pretende com direito real de hipoteca, ou outro direito real. Nada obsta a que

se peça a declaração do domínio e do direito de vizinhança, que nêle se contém.

§ 1.570- Duração e ação declaratória

1.A ação de declaração, positiva ou negativa, não prescreve. Se alguma pretensão, ou algumas pretensões, ou todas as pretensões irradiadas da relação jurídica, cuja existência se quer declarada, prescreveram, não é isso óbice a que se declare a relação jurídica. Na defesa, pode o réu alegar que há a exceção, e pedir que, na declaração, evite o juiz que se pense ter sido declarado não estar encoberta, pela prescrição, a eficácia da relação jurídica. Tem, aliás, o réu a ação declaratória da prescrição. Quanto A pretensão à declaração negativa da existência da relação jurídica, nenhum acidente pode ocorrer ao que se pede seja declarado, porque o que se pede é declaração de não-ser.

2.TEMPO E DECLARAÇÃO. A sentença declaratória refere-se, necessariamente, a alguma relação jurídica, que existe,

ou que existiu. Quanto à relação jurídica futura, a declaração dela é declaração da relação jurídica que a torna inafastável. No dizer-se que se pode declarar relação futura, há falar elíptico, porém não errado; declara-se o que é presente, tal como, no futuro, produzirá, *inevitavelmente,* a relação jurídica de que se trata.

Quando se fala de ação declaratória, em moratória de direito de propriedade, é preciso não se pensar que só se declara a relação jurídica que a êle corresponde; todas as relações que dele derivam, imediata ou mediatamente, são declaráveis, quer em ação negativa, quer em ação positiva. Pode alguém propor, como proprietário, ação declaratória para que judicialmente se afirme que o autor é titular da pretensão a que seja demolida a construção vizinha, que ameaça ruína, ou, até, a que o vizinho, se tal acontece, preste caução. A sentença favorável já vai ao juízo da ação demolitória ou da caução pelo dano infecto, com a *res judicata.* sôbre a existência da relação jurídica. Também lhe é dado acionar o vizinho para se declarar, judicialmente, que a árvore limítrofe e atravessante da linha divisória é comum. Ou para que se declare, judicialmente, que incumbe ao vizinho cortar as raízes da árvore que do prédio do réu as lança no prédio do autor, porém por espaço que não é do lado do prédio do réu. Mais: para que se declare, judicialmente, que o autor pode caçar

nas terras do vizinho, por ter havido permissão recíproca entre vizinhos; ou que o autor pone, *in caau,* remover servidão, ou que determinado ato não entra no conteúdo de servidão contra seu prédio, ou que já fôra determinada a extensão de usufruto da floresta ou da mina; ou qual a ordem de graduação das hipotecas que gravam o prédio. São apenas alguns exemplos. A relação juridica, que se pode declarar, positiva ou negativamante, não é só a que corresponde a direito, é, também, a que corresponde a dever, a pretensão, a obrigação, a ação, ou a exceção.

Também aqui pode ocorrer ter-se interesse em que se declare poder contido no direito de propriedade. Não há inconveniente em que se dê forma elíptica: em vez de se pedir a declaração do direito de propriedade, que é, na espécie, o dominão, em sua extensão, pede-se a declaração do poder, que supõe a relação jurídica dominical; e o juiz há de entender que houve elipse e o que se pediu foi aquilo. O interesse em que se declare relação jurídica provinda do dominão é interesse em que se declare a relação jurídica dominical. Todo poder supõe espaço em que o poder caiba; portanto, supõe relação jurídica, uma vez que êsse poder resulta de relação jurídica e todo poder, no trato inter-humano, é poder em relação a alguém, ou algumas. pessoas, ou *erga omites.* Os poderes decorrentes de direitos reais são *erga omites,* se bem que, no momento, o raio do círculo de eficácia pouse em determinada pessoa.

A declaração que se exige somente contra o citado é restrita a êsse raio a que aludimos. Se foram citadas duas ou mais pessoas, a eficácia apanha as duas ou mais pessoas. Por isso mesmo, a verdadeira postulação declaratória, em se tratando de dominão, é a que se faz frente a todas as pessoas, por meio de editais.

A eficácia da sentença declaratória que se teve de circunscrever foi eficácia que sofreu mais do que eclipse, não ficou encoberta a fôrça da sentença no tocante aos não-citados, essa fôrça não se produziu. Essa a razão por que a averbação da sentença declaratória não lhe estende a eficácia, apenas insere no registro a eficácia entre partes, tal como ocorreu.

No pedir a declaração da relação jurídica de dominão está incluso o pedido de declaração do *ins possideradi;* todavia não está incluso o pedido de declaração do *jus pEssessionis.* Dai ser declarável a relação jurídica de dominão ainda quando o titular do direito dominical não seja possuidor, ou tenha sofrido prescrição, oposta ou não, da ação de reivindicação ou da ação de indenização. A alegação do réu quanto a ser possuidor ou quanto a estar prescrita a ação de indenização é

suficiente para que o juiz tenha de precisar os limites da declaração.

O autor pode pedir a declaração da relação jurídica de dominão e a declaração da relação de pEsse, quer mediata própria, quer plena. Pode, ainda, pedir a declaração da relação jurídica de dominão, da relação de pEsse mediata própria e de outra pEsse inferior não-própria *(e. g.,* é dono, possuidor mediato próprio, sublocatário).

Oelemento declarativo aparece em tOdas as ações de que vamos tratar. Apenas tal elemento não chega a ser fôrça, e pode não chegar a ser eficácia imediata ((„a * *), nem eficácia mediata, ou não chegar a isso frente a todos. Fôrça sentencial diz-se a que tem a decisão em maior carga *(*****),* dita carga preponderante. Não a tem a ação negatória, nem a reivindicações, nem a de indenização. Nos capítulos que se vão seguir estudar-lhes-emos as cargas imediatas e mediatas, a fim de mostrarmos se alguma delas é declarativa.

CAPÍTULO III

AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

§ 1.571. Pretensões e ações que nascem do dominão

1.OFENSA AO DOMINÃO. Pode o dominão ser ofendido:

a)por ato que o negue; b) por ato de esbulho; o) por ato que impeça, ou dificulte, ou cerceie o exercício das pretensões que o integram. As ações que correspondem a *a)* são a de abstenção e a declaratória negativa. A b), a de reivindicação e a de indenização. A o), a negatória.

Odono da coisa tem o *jus possidendi,* isto é, o direito a ter consigo a coisa, razão por que a propriedade passa à frente da pEsse (art. 5Q5, 23 parte). Não se pode dizer que a ação de reivindicação possa ser "suprida" (sem razão, LAFAXETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 214) pelo interdito pEssessório recuperatório, e a negatória, pelo restitutório *(di possidetis) :* as ações pEssessórias e a reivindicação são de planos diferentes e diferentes os pressupostos necessários. Na L. 24, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, GAIO *(ad edictum)* disse:

"O que resolveu j,edir a coisa deve advertir se pode obter a pEsse por algum interdito, porque é muito mais cômodo possuir alguém, e

compelir o adversário aos anus de autor, do que pedir a outrem que possui". Trata-se, apenas, de comodidade maior, *se é* o *caso de interdito.*

2.DOMINÃO E "1135 POSsmENDI". Diz o art. 524:

"A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua". Injustamente possuir, no art. 524, éter consigo o bem sem *ius possidendi.* As pretensões e ações a

que se refere o art. 524 são as ações nascidas do direito de propriedade, e não as nascidas da pEsse, ainda que se trate de ação de vindicação da pEsse (art. 521). A *exceptio dominii* (art. 505, 23 parte) está incluída no direito de reaver a que alude o art. 524. A ação mais relevante é a ação de reivindicação, ainda quando inserta em embargos de terceiro senhor da coisa. Nasce da pretensão reivindicatória, do *jus vindicaredi.* Trata-se de ação executiva, e não só declaratória; a declaratoriedade é elemento da carga de eficácia sentencial e pode exsur gir a questão prévia da existência do dominão. Há, ainda, o ele mento condenatório, mas a fOrça da sentença é executiva: não só se condena a restituir; busca-se a coisa e entrega-se ao autor. Isso não quer dizer que se não possa propor ação declaratória da relação jurídica de dominão, nem que o que se diz dono não esteja exposto a que se proponha contra Ole ação declaratória negativa da relação jurídica de dominão (Código de Processo Civil, art. 2.0, parágrafo único). Pode-se ter interesse em que se declare que a propriedade pertence ao autor, ainda que tenha a pEsse, ou se não na tem.

A ação, no direito brasileiro, não é dúplice; mas permite reconvenção, a despeito das expressões do irt. 192, IV, do Código de Processo Civil ("Não. he admitirá reconvenÇÃO nas ações: IV. Executivas"), salvo se relativa a imóveis (art. 192, V).

(A alegação de dominão como *exceptio* já foi estudada no Tomo X, §§ 1.070, 1, e 1.117, 1. Em termos rigorosamente científicos, a alegação de dominão não é exceção, mas simples alegação para pêso, *a. mais,* em caso de provas dúbias, pois o art. 505, 23 parte, apenas é *regra*" *juridica sôbre prova.* Na dúvida, pesa mais a prova do dominão como prova de pEsse, se se prova que evidentemente não pertence à outra parte o dominão. Por isso mesmo, deve o juiz abster-se de aplicar o art. 505, 2.8 parte, se não há os pressupostos necessários.)

§ 1.572. Conceito de reivindicação

1.REIVINDICAR. Quem reivindica, em ação, pede que se apanhe e retire a coisa, que está contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado, e se lhe entregue. (Nas ações de condenação e executiva por créditos, não se dá o mesmo: os bens estão na esfera jurídica do demandado, acorde com o direito; porque o demandado deve, há a condenação dele e a execução, que é retirada de bem, que está numa esfera j uridica, para outra, a fim de se satisfazer o crédito; portanto, modifica-se a linha discriminativa das duas esferas.) Discute--se se *a)* o demandado em ação de reivindicação *deve* entregar a coisa no lugar em que se encontra no momento em que se propôs a ação, ou em que ocorreu a má fé, ou *b)* se *deve* levar a coisa ao autor. Se a), basta-lhe pôr á disposição do autor a coisa reivindicada. Se 10, tem êle de remeter a coisa ao autor, a seu risco ou não (assim, H. DERNBURO).

2.“VINDIÇÃO SACRAMENTO” E DEVER DE TOLERAR A RETIRADA DA COISA. As questões acima prendem-se ao conceito mesmo de reivindicação, ação real, que supõe *vindicatio,* isto é, a *legis adio sacramento,* que correspondia a todas as relações jurídicas de poder ou senhoria (propriedade, servidões, direito hereditário e, também, *paria potestas,* tutela e poder marital). As partes agarravam a coisa, ou a pessoa, e juravam os seus direitos (vindicatio, contravindicatio). *Vindicare* era, originàríamente, o tomar a coisa; se ambos a tomavam, começava o procedimento contraditório *(sacramento).* A reivindicação pesterior, evoluída, em petitório, elaborou-se depois, sucedendo à *vindicatio sacramento,* que não era *actio in rem,* não era ação da propriedade, mas ação delitual (ação contra ato contrário a direito e delitual), à semelhança do que também ocorreu no direito babilônico antigo (cf. PAUL 1(0-SCHAKER, *Recktsvergleichende Studien n.ir Gesetzgebung Hammura pis,* 48 *5.;* H.

MEXER, *Das Publicitiitsprinzip,* 77; II. FEHR, *Hammurapi und das salische Recht,* 44 s.), em velhos sistemas jurídicos orientais e no direito medieval alemão. A *rei vindicatio* pesterior é o apanhar a coisa, petitôriamente, onde se encontra: “ubi rem meam invenão, ibi vindico”. Ação do proprietário sem pEsse contra o possuidor sem propriedade, ou pelo menos sem pEsse mediata, ou imediata (= contra o que tem a PEsse a que o proprietário tem direito). Rigorosamente, a questão consiste em se saber se o demandado que perde tem o *dever* de entregar, ou somente tem de sofrer (tolerar) que se retire a coisa. Noutros termos, se há, ou não, ato positivo do possuidor demandado e perdente. Pela negativa, E. ZITELMANN

(Internatiotwles privatrecht, II, 234 s.) e A. VON TinIR

(Der Állgemeifle Teu, 1, 247 s.); pela afirmativa, 1(. HELLWIG *(Anspr"uch und I0agrecht,* 28), E.

SOBERNUEIM *(Das ungúnstige p~r~eivorbringen,* 138 s.) e os que, indo alem, pensam em dever de levar a coisa ao autor, às suas expensas. Nas origens, a vindicação era só agarrar; portanto, sem ato positivo do demandado.

Com a evolução pesterior, máxime nos nossos dias, há entrega, ato positivo do demandado, e *mio só tolerância.*

A ofensa à pEsse ocorre se se toma a pEsse, ou se se atinge a pEsse, alterando-a, sem ou contra o querer do possuidor

(J. E. Riso, *Das Recht der Eigenmoicht,* 28). Ofende-se a propriedade se se ofende a pEsse de quem é proprietário e tem direito a ela, ou por outro modo se causa dano ao proprietário, ou se lhe nega o direito de propriedade, inclusive se lhe obsta à retificação do registro tal como tem êle direito a que se faça. Mas a reivindicação é ação do proprietário para vindicar a coisa: supõe-se ter alguém, sem direito, a pEsse da coisa. Não é o mesmo que reintegrar-se na pEsse, nem vindicar a pEsse.

§ 1.573. Pretensão e ação de reivindicação

1.PRESSUPOSTO DO DOMINÃO ATUAL. O primeiro pressuposto necessário da pretensão à reivindicação é a *propriedade atual do titular.* Mas basta que a adquira até o proferimento da sentença (Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 63, § 6; O. WARNEXER, *Kommeflt ar,* III, 194). Se, no curso do processo, o autor perde a propriedade,; a ação tem de ser julgada improcedente A pretensão e a ação também competem ao condômino e ao proprietário somente com a pEsse mediata. O dono de apartamento tem-na como proprietário *pro diviso* e, quanto às partes comuns, como condômino. Não exclui a pretensão e a ação de reivindicação o existir entre o autor e réu alguma relação jurídica pessoal, como a de locação e o depósito, nem a pretensão pessoal à restituição da coisa (J.BIERMANN, *Sachenrecht,* 3.~ ed., 268; G. PLANCIC, *Kommentar,* III, 43 ed., 474; E. OERTMANN, Dingliche und persónliche ~erausgabeansprúche, *Jherings Jahrbúcher,* 61, 44; sem razão, E. SIBER, *Die Passivlegitiinatiofl bei der* rei vindicatio, 227 s.; R. SoHM, *Institutíoflefl,* 14.8 ed., 411). A responsabilidade do réu, no último caso, rege-se pelo direito das obrigações.

Quanto à afirmação, acima, de bastar a aquisição *antes* da sentença, o direito luso-brasileiro foi precursor da solução acertada: por direito romano, não bastaria (= teria de ser aquisição anterior à litiscontestação por direito canônico, a aquisição superveniente somente bastaria se a petição não especificara a origem do dominão); argumento às Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 68, § 5), às Manuelinas (Livro III, Título 49, § 6) e às Filipinas (Livro III, Titulo 68, § 6) permitia que se levasse em conta prova de aquisição pesterior e dele lançaram mão MELO FREIRE *(InstitutiOfles,* IV, 65:"Satis est dominium superveniens, et quod actor illud in se transíatum estendat ad sententiam usque") e BORGES CARNEIRO *(Direito Civil de Portugal,* IV, 42).

Ocomproprietário tem a *partis vindicatio,* para que se lhe entregue a compEsse da coisa, e dirige-se contra qualquer que a tenha, inclusive o compossuidor. Pode também pedir que se entregue a coisa toda a si e aos demais comproprietários, se não pode ser entregue só a parte indivisa, ou só a parte divisa.

2.PRESSUPOSTO DA PESSE DA COISA PELO RÉU. O segundo pressuposto necessário da ação de reivindicação é a *passe da. coisa pelo réu.*

É indiferente como o possuidor demandado alcançou a pEsse: se por transmissão, ou se por apreensão; se do proprietário, ou se de terceiro. Enquanto a coisa permanece sob o poder do proprietário, não há razão para reivindicar-se a coisa, ainda que alguém lhe negue o dominão (L. 1, § 6, D., *uti possidetis,* 48, 17; § 2, IX, *de actionibws,* 4, 6: ". . . in his is agit qui non possidet"). Aqui está a diferença entre as ações dos direitos reais e as dos direitos de personalidade: há a ação de condenação do que nega qualquer direito de personalidade, não assim contra o que nega o direito real; a própria reivindicação não cabe, somente cabe a ação declaratória positiva, para se afirmar, em sentença, que o autor é dono, ou a negativa, para se afirmar que o réu não no é, a ação de condenação seria *de mais* e a de reivindicação, sendo, como é, condenatória e executiva, também o seria.

possuidor de boa ou de má fé, ou simples detentor, pode ser sujeito passivo da pretensão e da ação reivinditat árias.

Assim, a tradição do direito luso~bflsilCíro, com ANTÔNÃO GeMES *(In Legis Tauri Corara,* L. 45, n. ¶9, *sn fine)* e GREGÓRIO M.ARTINS CAMINHA (Forma *dos Libelos,* , 6: "in proposito tameu sufficit qusevis detentio").

A ação de reivindicação tem por fito a restituição. Supõe que possua sem titulo, oriundo de proprietário~ a coisa reividicanda, alguém, que é o demandado. Se nega êsse que possui, isto é, que tenha pEsse, é questão prévia a da pEsse. Se o autor prova que o desmandado tem pEsse, ainda se em nome de outrem, a quem podia nomear, a ação, em direito romano, aí terminava, pela entrega da coisa ao autor (L. 80, D., *de rei vindicatiofle, 6,* 1). Tal regra jurídica, que se tirou dos *Comentários* de FÚUO ANTIANO ao Edicto, não mais pertence ao sistema jurídico brasileiro, se bem que tivesse sido acolhida no direito anterior como no direito comum; não pertence também ao direito alemão, a despeito da afirmação de B. WINDSCHEW *(LehrbtLCk, 1,* 9.” ed., 1002 s.). Com razão, L.

SEUFFERT (Poense teinere litigantium, *Archiv flir die ~~vilistitohe Praxis,* 67, 344), a que seguiram TE. Kípp, em nota a B. WINDSCHEID (1, 1004), e E. RoSsTEUTSCHER *(Pie Passivlegitimation bei* rei vindicatio, 6). O

que se dizia proprietário tinha de provar que o era: a sentença havia de ser sôbre propriedade, e não sôbre pEsse; a *fortiori,* sé teria cabimento transferir-se, *per judicem,* a “pEsse~~ ao autor, segundo a opinião de FÚRIO

ANTIANO, porque o réu faltou à verdade, aliás a sentença só teria eficácia pEssessória, que seria a da transferência *per judicem.* As Ordenações Filipinas (Livro III, Título 32, § 2) foram claras quanto à recepção da pena, segundo FúRIO ANTIANO, de perda da pEsse: “E se... o julgador perguntar ao réu se a possui e êle responder que não, e o autor provar o contrário, será logo privado da pEsse da coisa, e será entregue ao autor”. Já assim, as Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 26, § 1. O Código de Processo Civil não no manteve. Há, hoje, apenas, a eventual aplicabilidade do art. 63 da lei processual.

Em direito romano, se o demandado alienava a pEsse da coisa na esperança de se furtar à restituição, o *qui dolo desiit ~possidere* ficava sujeito à ação de reivindicação, com base na L. 181, D., *de diversis regulis inris antiqui,* 50, 17, e na L. 20, § 6, D., *de hereditatis petitione,* 5, 3. Tal aplicação da reivindicatória, com eficácia de indenização, se não pode ir contra o terceiro, por ter adquirido a coisa, passou ao direito luso-

-brasileiro, que a conservou, até que veio o Código de Processo Civil. Não se confundam a situação do réu e a do terceiro, com a do réu e a do terceiro se a coisa foi alienada, ou se foi alienada a pEsse, em fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 895, 1 e II).

Se o demandado respondia à ação dizendo, maliciosamente, ter pEsse, sem na ter, contra êsse, *qui liti se obtulit,* era de julgar-se a reivindicatória (BoRGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 43). Tal regra não tem hoje acolhida no direito brasileiro. Se há prova de que se fêz passar por possuidor, não se pode julgar a reivindicação, pôsto que, *por analogia,* se possa condenar o demandado *qui liti 8e obtuUt* a reembôlso e honorários de advogado, na forma do art. 63 do Código de Processo Civil e às perdas e danos do art. 89, parágrafo único.

No direito brasileiro, o deixar de possuir a coisa, por alienação, após a citação (Código de Processo Civil, art. 895, 1 e

II), ou gravá-la, permite que se sujeite à execução a coisa alienada, ou se prossiga, isto é, que se tenha por ineficaz a alienação ou gravação. Vai-se, pois, contra o que alienou em fraude de execução e contra o que tem a coisa. Se a alienação ou gravação foi antes da citação, não há fraude de execução; a ação é a de indenização.

3.PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA. A pretensão de entrega ao proprietário, ou de restituição do imóvel, é a *rei vindicatio,* porquanto a influência germânica, com a *Gewere,* não se fêz sentir no direito imobiliário e, no sistema jurídico brasileiro, o próprio direito mobiliário só a respeito de títulos cambiários e cambiariformes apresenta concepção diferente da concepção romana. Supõe-se que a alguém, que é proprietário, se tirou a pEsse. Quer-se a recuperaÇÃO da pEsse, não porque se acuse ao réu de esbulho, mas sim porque se diz e prova ser proprietário o autor e ter o *ius possidendi.*

a) Tanto pode ser autor o proprietário como o comproprietário, tanto o proprietário sem qualquer pEsse como o proprietário que só possui mediatamente, ou só imediatamente. (Advirta-se em que é tão falso dizer-se que a ação de reivindicação é ação do proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário quanto dizer-se que o proprietário que só possuía imediatamente não tem a ação de reivindicação. Se alguém, A, que é locatário de E, descobre ser o dono do prédio, tem a pEsse imediata sem que se lhe exclua a pretensão reivindicatória. Se transformasse a *causa pEssessionis,* expor-se--ia à ação pEssessória do locador.) A pretensão do proprietário à reivindicação existe ainda que o réu seja possuidor e haja de ser reconhecido possuidor: o que é incompatível com a reivindicação é a permanência do réu como possuidor próprio. Não há qualquer contradição em que se dê ganho de causa ao proprietário reivindicante

e se declare a relação juridica entre êle e outrem, réu, como possuidor mediato ou imediato, não-próprio (locador, locatário, depositário).

Tratando-se de propriedade de imóvel, a certidão da transcrição é prova bastante, pela presunção resultante do art.

859.

b)Réu, na ação reivindicatória, ou, mais largamente, legitimado passivo na pretensão reivindicatória, é o possuidor, próprio, ou não, exclusivo ou em compEsse, tanto o possuidor do imóvel como o de parte do imóvel, divisa ou indivisa, tanto o possuidor mediato como o imediato. Pode ser o possuidor mediato ainda que não saiba o proprietário a quem aquele entregou a pEsse imediata. Não importa se o possuidor adquiriu originária eu derivativamente a pEsse, se a obteve de terceiro ou do proprietário.

A Câmara Cível da Côrte de Apelação de Minas Gerais, a 13 de janeiro de 1987 (1?. *F.,* 69, 552), forrou-se a confundir a injustidade de que se trata no art. 524, *verbis* "reavê-los do poder de quem injustamente os possua", com a injustidade segundo o conceito do art. 489: "A injustiça da pEsse dos réus está realmente contida no art. 524

do Código Civil como condição da ação reivindicatória. A lei, reza aquele artigo, assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que *injustamente* os possua. E pEsse injusta é a violenta, clandestina ou precária, como está no art. 489 do mesmo Código. Há no art. 524 citado uma imperfeição de linguagem, que não poderá, entretanto, levar o

 intérprete a uma inteligência do artigo que destruiria o próprio sistema em que repousa o principio discutido.

Mas não é verdade que o Código tenha por semelhante forma restringido o direito à reivindicação. O que, aliás, não lhe seria lícito fazer, uma vez que importaria.., restrição do direito de propriedade, cuja amplitude é garantida no próprio texto supra (refere-se o autor citado ao texto do art. 524) e, por isso mesmo, não suscetivel de ser restringido pela proteção que se quisesse assegurar ao possuidor. Já VIRGILIO DE SÁ PEREIRA se referira ao assunto, deixando-o esclarecido e fazendo ver que o art. 524 não emprega a expressão *injusta* do sentido restrito no artigo 489, mas em sentido genérico. O Código não autoriza a reivindicação da coisa contra quem quer que a possua, mas contra quem quer que a possua injustamente. z,Em que sentido devemos tomar êste advérbio? A noção do justo e do injusto

está por tal modo disseminada na consciência coletiva que, ao primeiro impulso, todos se julgarão habilitados a responder. E assim seria, porque o sentido da justiça todos o têm, mais ou menos desenvolvido, se aqui não se houvera êle depurado, numa especialização. Todos são capazes, é certo, de sentir a

justiça e mais fâcilmente a injustiça, mas só o homem do direito pode senti-lo juridicamente, em toda sua significação técnica, O art. 489 do Código Civil diz que é justa a pEsse não violenta, clandestina ou precária. É a tradição romana, com absoluta fidelidade. Se interpretarmos o último inciso do art. 524 à luz dêste critério, teremos que possuir injustamente será possuir violenta, precária ou clandestinamente. Esta conclusão conduziria a uma outra: a reivindicação só seria admissível no caso de pEsse viciosa. Mas ~ não é possível possuir a coisa alheia sem nenhum dêsses vícios? Certo que sim. zE podemos qualificar de injusta, nos termos do art. 489, uma pEsse assim escorreita, e dizer que possui injustamente quem possui nestas condições? Certo que não. Logo aí não cabe a reivindicação, porque esta pressupõe uma pEsse injusta, e a tese do art. 524 se revela falsa, porque casos haverá em que o direito de propriedade não autoriza a reivindicação que, por êsse artigo, entra como elemento ria composição de seu conceito. Se o legislador houvera atribuido à palavra injusta uma significação exclusiva, sempre a mesma, Este raciocinão seria irrespondível. Assim, porém, não foi; êle se ateve à doutrina na qual ela tem um sentido genérico, e um sentido específico. PEsse justa, em sentido lato, escreveu LAFAXETE, é aquela cuja aquisição não repugna ao direito. No caso contrário a pEsse se diz injusta. Em sentido restrito, pEsse justa significa a que é isenta de algum dos três vícios seguintes: violência, clandestinidade ou precariedade. É claro que o Código, no art. 524, toma a expressão em sentido genérico e nem de outro modo poderia ser, sob pena de destruir êle-próprio o princípio em que define as faculdades que compõem a noção complexa de dominão". O

relator fôra ORosíMBo NONATO; e a decisão merece a transcrição que dela fizemos. No mesmo sentido, o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, a 30 de abril de 1948 *(R. dos T.,* 153, 250; *R.F.,* 95, 390).

A 1? Turma do Supremo Tribunal Federal, a 8 de agôsto de 1988 *(R. dos T.,* 118, 258), adotou solução arbitrária em questão de

reivindicação: “Só é possível a reivindicação de coisa móvel empenhada em casa de empréstimos sôbre penhôres, quando provado em juízo criminal o seu furto ou roubo; as palavras “furto ou roubo” devem ser tomadas em sentido restrito, excluindo-se assim a apropriação indébita”. A confusão entre ação de reivindicação, que é a ação fundada no art. 524, e a víndicatória da pEsse, que está no art. 521, é evidente; e imperdoável em decisão de alto tribunal.

4.CESSIBILIrMDE DA PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA. A pretensão e a ação de reivindicação são cessíveis (J. BIERMANN, *Sach,enreckt,* 268 s.; O. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4Y- ed., 482; P. OERTMANN, Beitrâge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, *Archiv fiir die civilistisofle Praxis,* 113, 51; sem razão, A. voN

TUHR, *tfnwiderrufliche Voilmacht,* 88; XC. MAENNER, *Sachenrecht,* 221; MARTIN WOLPF, *Lehrbuoh,* III, 280 s.). Dependem de continuar com o cedente a propriedade e extinguem-se quando a pEsse da coisa volta a êle (O.WÂRNEYER, *Kommentar,* II, 195). No concurso do proprietário, a cessão da pretensão e da ação de reivindicação não permite que se invoque direito à reparação ou exclusão *(J.* BIERMANN, *Sachenrecht,* 268 s.).

Se a cessão foi com fito de transmissão da propriedade, ou constituição de usufruto, uso, habitação, ou renda imobiliária, ou enfiteuse, o cessionário tem, de direito próprio, a ação de reivindicação (3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 268 s.; O. WARNEVER, *Kommentar,* II, 195). A outorga para receber a prestação, dada ao adquirente pelo alienante sem pEsse, não extingue a pretensão reivindicatória, porque aí não houve cessão.

5.PRETENSÃO Ã REIVIDICAÇÃO E INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO A OUTRAS PRETENSÕES. A pretensão do proprietário é independente de qualquer outra que, em diferente qualidade, tenha quem é proprietário.

Assim, sé A depositou o anel e o depositário não lho entrega, há duas pretensões, a de reivindicação e a de restituição do depósito. Procurou E. SrnER *(Pie Passivlegitimation bei der* rei vindicatio, 244 e 249 s.) negar a concorrência de pretensões reivindicatórias e obrígacionais de devolução, salvo se ocorre união posterior na mesma pessoa, o que seria esquecer que as pretensões unídas nasceram antes da união. Uma das consequências da pluralidade de pretensões é a cessibilidade de cada uma, de per si.

6.AÇÃo REIVINDICATÓRIA E AÇÃO DECLARATÓRIA. Com a *rei vindicatio,* pode ser proposta a ação declaratória da propriedade: há interesse em que se cumulem, porque a sentença sôbre a reivindicação pode não ter eficácia de coisa julgada sôbre o direito de propriedade (cp. XC. MAENNER, *Sackenrecht,* 222; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* ta ed., 267; H. DERNEURO, *Das Búrgerliche Recht,* III, 3.~ ed., 413), salvo se teve o juiz de apreciar alguma questão de aquisição e a sentença tem eficácia declaratória, nesse ponto. Não há, porém, na ação de reivindicação, para a qual basta a presunção do art. 859 ou a presunção *hominis* de que é proprietário o possuidor (o reu pode invocar a presunção, mas a prova do autor, quanto à sua pEsse anterior, põe-no com o ônus de provar *como* adquiriu), a necessidade de se pedir a declaração da propriedade, nem, tão-pouco, está implícito tal pedido (E. HELLWIG, *Anspruch um! Klagrecht,* 32). Os juizes devem ter todo o cuidado em verificar se o pedido ou a contestação explicita a questão da declaraÇÃO da propriedade, como questão prévia, ou se foram cumuladas as ações de declaração e de reivindicação.

7.AçÃo DE REIVINDICAÇÃO E AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. A ação de reivindicação é inconfundível com a de indenização; por isso mesmo não importa averiguar~se se o reivindicante teve, ou não, culpa. Nem pode ser em alternativa com a de indenização (pôsto que O. PLANCK, *Kommentar, TU,* 4~a ecL, 482, o admita contra o possuidor de má fé), se bem que a cumulação seja possível. A sentença é que pode prever a não-entrega dentro de certo prazo, se fôr o caso de marcá-lo, ou a impossibilidade de cumprimento, se não pode ser obedecida (MARQUARDT, Der Antrag hei Elagéri auf Herausgabe, *Juristzsche Wochenschrijt* 38, 37). A decisão de reivindicação fica excluída se, ao tempo da litiscontestação, ficou assente a impossibilidade da entrega (cp. O.

WARNEYER, *Kommentar, II,* 196), cabendo, então, propor-se a de indenização, se o pedido não previu a causa de impossibilidade A separação de alguma coisa, que se uniu à coisa reivindicada, não é pressuposto da aÇÃO de reivindicação Se o autor vem a saber, durante o processo, que o réu não é mais possuidor, pode ir com a ação de indenização; se antes da contestação, então é de atender-se ao art. 181 do Código de Processo Civil. A coisa reivindicanda há de ser caracterizada o argumenta de J. BINDER *(Pie Rechtsstellung des Erben,* TU, 19) e outros, quanto a não existir, no direito civil alemão, *vindicatio patrtnwitii,* nenhuma pertinêfleia tem em direito brasileiro: a reivindicação do art. 1.580, parágrafo único, é, caracteristicamente, *vindicatio patrimonii;* a reivindicação dos bens da sociedade não-

personificada é *vindicatio ~patrimonii;* e a reivindicação do patrimonio alienado a adquirente de má fé é *vindicatio patrimonii.* O Código Civil brasileiro admitiu a *universitas iuris* como objeto de direito (cf. O. VON GIERKE, *Das deutache GenEssenschattsrecht,* II, 64 s. e 930 5.; *fie GenEssensflha,ttstheofle,* 865 s~ e 495). O patrimonio é bem coletivo, autônomo. O direito real pode recair sôbre êle; e pode êle, portanto, ser reivindicado. A observância de pressupostos, para a aquisição dos elementos, é outro problema. Veja Tomo V,

§§ 595-602.

A reivindicação pode ter por fim a entrega da coisa fungivel, se as circunstâncias a fizeram individuada (L. 11, § 2, EL, *de rebite creditis,* 12, 1: "vindicari nummi possunt, si exstant"; CORREIA TELES, *Digesto Português,* 1, §

906, 115).

Pode ser reivindicada a parte *indivisa* (parte *ideal* . do imóvel indiviso: metade, têrço, quarto (L. 8 e 48, § 1, O., *de rei vindicatione,* 6, 1) e, a *.fortiori,* a parte *divisa* (o terreno de vinte metros de frente e cinqUenta de fundo, junto à esquina da rua R, que A comprou a B, dono de duzentos metros de frente por cinqUenta de fundo).

8.LUGAR DA ENTREGA. A entrega é no lugar em que se acha a coisa. Se após a litispendência, ou de má fé, o réu deslocou a coisa, tem de entregá-la onde estava. As custas e despesas paga-as o possuidor; somente as custas e despesas de ocasional afastamento correm contra o autor (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 271; 1K. MAENNER, *Sachenrecht,* 225).

9.ONUS DA PROVA. a) O autor tem de provar a propriedade da coisa; portanto, que a adquiriu. Se o réu a admite, não precisa prová-la o autor. A retratação, ou a anulação da confissão (Código de Processo Civil, art. 281), exclui que o haja admitido; por conseguinte, não tem mais o réu de refutar-se o réu afirma que o autor perdeu a propriedade, cabe-lhe o ônus da proVa (G. PLANCK, *Kommentar,* III, □

4 a ed., 477; K. MAENNER,. *Sachen-*

recht, 222). O art. 859 exerce importante papel, tratando-se de imóveis; a presunção, *hominis,* de que o possuidor *era* proprietário, também.

§ 1.573. PRETENSÃO E AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

O dominão, que se invoca, pode ser pleno, útil, resolúvel (arte. 647 e 648), ou nu (L. 33, D, *de rei vindicatitno,* 6, 1). A prova do dominão é a prova da aquisição. Se, na petição, expressou a causa, a prova, que pode dar, é somente essa, e a sentença desfavorável não lhe impede propor ação por outra causa; se não a expressou, a prova é a de qualquer uma das causas de adquirir, e a eficácia da coisa julgada, se a há, exclui a propositura de outra ação se a sentença não se limitou a tomar a prova feita como explicitação do pedido, aparentemente indeterminado.

Provada a aquisição, presume-se que o dominão continua de pertencer ao adquirente *(Semel dominua semper dominus;* Ordenações Afonsinas, Livro III, Titulo 58, § 6: ".. aquele, que foi em algum tempo senhor da coisa, premime-se ainda agora o ser, até que se mostre o contrario

Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 40, § 3; Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 53, § 3).

Se o modo de aquisição é derivado, tratando-se de bens móveis, a prova de que não era dono quem transferiu a propriedade incumbe a quem o alega: tem-se de ilidir a prova do autor e, pois, com a prova em contrário à série de proprietários, elidi-la. Tratando-se de imóveis, a prova da transcrição basta, porque a exclusão da fé pública tem de ser em virtude de alegação e prova pelo réu. A transcrição a favor do que transferiu pode ser alegada pelo autor, com invocação do art. 859. A ação de retificação ou cancelamento do registro pode ser exercida pendente a reivindicatória.

b)Tem o autor de provar a *pEsse do demandado.* Basta que prove a pEsse ao tempo da propositura da ação. -Se o réu alega tê-la perdido, o ônus de o provar é seu (J. BIERMANN, *Sachenrech.t,* 269); bem assim se pretende que é apenas servidor da pEsse (art. 487; cf. G. PLANCE, *Kommentar,* III, 4Y ed., 4734. Se o proprietário não está certo ou não pode provar de que a coisa se acha com a outra pessoa, tem, primeiro, de propor a ação exibitória *(actio ad exhibendum,* Código de Processo Civil, arts. 675, V, 682, 684), -ou protestar por ela, antes da contestação, para a audiência, conforme os arte. 216-222 do Código de Processo Civil. A *adio ad ezhibendum* permite que o autor reconheça a coisa (L. 12, § 3, D., *ad ezhiben dum,* 10, 4).

O reivindicante tem de provar a *suas* propriedade. Se adquiriu o que constava do registro como do outorgante, já é terceiro em relação a quem se diga com direito contra o que outorgou ao reivindicante. Se o

registro foi obtido e o direito de alguém havia de passar à frente do que alegara o outorgante, a transcrição a favor do outorgado é atacável por obtida de má fé. Tais os princípios. Não se pode exigir do que é, segundo o registro, adquirente que prove o dominão do antecessor. Tem de provar o seu: se o outorgante não era dono, mas constava do registro, o outorgante é dono, originâriamente (art. 520, 1). Por isso mesmo, exorbitou a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de agôsto de 1927 *(R. dos* 7"., 63, 347), ao aventurar, em moratoria tão delicada: "Quando o reivindicante funda a sua propriedade em um modo derivado de aquisição, deve provar também o direito de quem lhe transmitiu o dominão da coisa reivindicanda. Se êste também não o adquiriu de um modo originário, a prova precisa remontar até onde se possa reconhecer a usucapião". Com isso inverteu o ônus da prova; mais: esvaziou de conteúdo a fé pública do oficial do registro.

O título do dominão do autor é o documento que há de instruir o pedido inicial (Código de Processo Civil, art.

159), sob pena de o réu ser absolvido da instância (Código de Processo Civil, art. 201, 1; l.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de setembro de 1948, *R. dos* 7"., 177, 740).

A í.a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 12 de fevereiro de 1942 *(R.* 9., 90, 786), não se satisfez com o registro de instrumento particular de alienação da propriedade imóvel; e exigiu a exibição do original: "O dominão de imóvel adquirido por instrumento particular deve ser provado com a exibição do respectivo original, devidamente transcrito, não bastando, para isso, uma simples certidão da sua transcrição no registro de imóveis, salvo apenas quando a parte contra quem é oposto êsse instrumento .o não haja impugnado.

Todas as vêzes, pois, que houver argUição de inautenticidade do título a que se referir a certidão trazida a juízo, ou que a êsse título forem atribuidos defeitos capazes de invalidá-lo, a parte interessada em que o mesmo prevaleça e produza efeitos jurídicos, está obrigada a apresentar o próprio original do instrumento impugnado. E assim deve ser, porque é direito da parte patentear os defeitos formais de titulo que lhe fôr atribuído, ou do qual lhe possa advir responsabilidade, e a prova dêsses defeitos, somente possível à vista do próprio título, tornar-se-á de todo impraticável sem a sua indispensável exibição". Tudo isso é contra os princípios. A transcrição transfere o dominão (art. 530, 1)~ Se o registro não podia ser feito, tem-se de ir contra êle, pelos meios que a lei aponta. Se o oficial do registro transcreveu o título sem que o pudesse fazer, responde segundo o art. 37 do Decreto

n. 4.857, de 9 de novembro de 1939: “Além dos casos expressamente consignados, os oficiais serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem, pessoalmente, ou por seus prepostos e substitutos, êstes quando de sua indicação, aos interessados no registro”. O parágrafo único acrescenta: “A responsabilidade civil independerá do crime, pelos delitos que praticarem”. Trata-se de regras *legais,* insertas no Decreto n. 4.857 (cf.

Decreto n. 9.886, de 5 de março de 1888, arts. 18 e 86; Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 84; Decreto n.

4.775, de 16 de fevereiro de 1903, art. 64; Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 37 e parágrafo único). Se houve registro, há fé pública. Tem o interessado de propor ação (ainda, se cabe, em reconvenção) contra o registro, como questão prévia da reivindicação (se o outorgado não adquiriu a propriedade, e se ainda não prescreveu a ação de reivindicação) -Enquanto está de pé a transcrição, o outorgado é tratado como proprietário e o afastamento da fé pública não pode ser in *cidenter,* sem a ação e o remédio próprios. O erro da 1? Câmara vem de outros julgados *(e.* o., ~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de outubro de 1932, *R. dos T.,* 96, 104; 53 Câmara Civil, 3 de setembro de 1933, 91, 618;

3~a Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 23 de outubro de 1935, 102, 218; 3? Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de abril de 1950, 185, 680). O dominão só se adquire derivativamente por sucessão hereditária, ou por transcrição do título que provém de dono (aquisição *a domino)* originâriamente, adquire-se o dominão por acessão, usucapião ou transcrição da aquisição a *non domino.* De modo que exigir-se prova de que o outorgante tinha direito somente serve para se saber se a aquisição foi originária ou derivada. Em qualquer das espécies, tem o reivindicante que recebeu hereditâriamente o dominão de provar que era dono o decujo, e aí teria sentido o que se diz na jurisprudência criticada. Tratando-se de aquisição por transcrição, enquanto está incólume o registro, é legitimado à ação de reivindicação quem do registro consta como adquirente.

A ação para se provar que o antecessor não constava do registro mas o réu adquirente estava de boa fé é outra ação, improponível em reconvenção à reivindicatória. No caso julgado pela 4? Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de novembro de 1945 *(R. dos 7*“., 161, 113), tinha havido doação, com reserva de usufruto, e transcrição, e a ação de reivindicação foi dirigida contra os doadores (9, sendo repelidos os donatários porque “não podiam arrogar-se

melhor direito do que tinham seus antecessores". Com isso duplamente se fêz tábua rasa dos princípios de direito imobiliário e do art. 530, 1 (aquisição pela transcrição). A 4? Câmara Civil somente tinha de inquirir se os doadores constavam do registro e se fôra transcrita a aquisição pelos donatários.

Afirmativas as respostas, os donatários nada podiam sofrer: eram donos. Se a primeira resposta fôsse negativa e a segunda afirmativa, então se teria de indagar da boa fé dos outorgados. Fora dai, é estarem os tribunais a aplicar direito que não é o nosso, e o que é mais grave: em moratoria, em que o direito brasileiro excele. A ação reivindi catória contra os doadores não mais podia ser totalmente eficaz, porque não possuiam como donos (eram usufrutuários), se haviam feito usufrutuários, e a ação de reivindicação só poderia ir contra possuidores próprios, ou não, devendo os doadores ser responsabilizados pelo ilícito (arts. 510-519) - É preciso que o Supremo Tribunal Federal faça cessar a jurisprudência que se está acentuando com dano à ciência e à justiça, jurisprudência que trata a transcrição como se não fôsse mais do que indicação de título; *e. g.,* a sentença do juiz de Itaporanga (Estado de São Paulo, em JosÉ G. 11. DE ALCKMIN, *Repertório de Jurisprudência,* Direito das Coisas, 1, 257 sã, onde se diz:

"Não basta ainda para prova do dominão que apresente o autor um titulo, mesmo registrado. Necessário se faz a prova do dominão dos seus antecessores até o ponto em que se descobre pEsse apta para gerar a prescrição aquisitiva (1?) e isso porque *itemo plua iria ad olium traria ferre potest quam ipse habet".*

Na prova do dominão, a pEsse pode ser indicio, mas só-mente indicio. Não cria presunção de direito. O sistema jurídico brasileiro não tem a regra de presunção legal segundo a qual quem possui se presume dono. Outros sistemas jurídicos a têm.

Se o autor não prova, desde logo, o direito de dominão, o ônus incumbe-lhe no processo, ainda que o réu não articule mais que a negação do direito do autor, sem provar qualquer direito seu, inclusive alegando que é possuidor imediato ou mediato, sendo possuidor mediato de grau superior terceira pessoa, que não nomeou à autoria.

§ 1.574. Legitimação passiva na reivindicação

1.POSSUIDOR MEDIATO E POSSUIDOR IMEDIATO. A ação é contra o

possuidor da coisa, quer mediato, quer imediato (J.BIERMANN, *Sachenrecht,* 3? ed., 269; G. PLÂNCE, *Kommentar, III,* 4? ed., 478; diferente, O.

WEND"r, Der mlttelbare Besitz des btlrgerlichen Gesetzbuches, *Ãrchiv fiLr* di. *c%iZistiache Prazis,* 87, 68 s.).

Exerce-se contra um dos compossuidores se tem êle o poder fáctico de dispor (O. WÂXNEYER, *Komrnentar,* II, 195), ou, fora dai, contra todos Oles. Não é preciso que o possuidor o seja em nome próprio, ou que a tenha tirado ao autor. Não se pode exercer contra o servidor da pEsse (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 3? ed., 269; G. PLÂNCK, *Kom.mentar,* III, 4? ed.; sem razão, li. ISAY, *Dia GescMftafithrung,* 296), salvo se êsse não vem com a nomeação à autoria (Código de Processo Civil, art 99; E. ROSSTEUTSCHER, *Dia Pasasiviegitima.tion hei* rei vindicatio, 13

s.) - O não-possuidor, que se diz possuidor *(qui liti se obtulit),* tendo sido intimado a depor, ou que não comparece (Código de Processo Civil, arte. 229-234), se não ocorreu retratação cabível (art. 231, 2? parte), ou anulação por dolo, ou violência, em ação própria (art. 231, 8? parte), pode ser condenado à entrega (L. 25, 26 e 27, D., *de rei vindicatione,* 6, 1; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 43; CORREIA TELES, Digesto *Português, 1,* § 880, 112; Código Civil do Chile, art. 897; O. WaNEYn, *Komentar,* II, 195) ; *atiter,* se ficou provado que não possuía. A alienação da coisa após a litispendência, na ação de reivindicação, *que é ação condenatória, com eficácia executiva,* considera-se em fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 895, 1).

O autor, que obteve, trânsita em julgado, sentença de reivindicação, não precisa fazer citar os sucessores do réu condenado; salvo se se trata de ação de restauração de autos (Código de Processo Civil, arts. 776-781; O.

WARNEYER, *Kommentar,* II, 196). Sôbre a ação movida contra o possuidor imediato, art. 99 do Código de Processo Civil; contra o sucessor, art. 95.

2.PossuIDoa IMEDIATO E "LAUDATIO AUCTORIS". O possuidor imediato, contra o qual se propôs a ação de reivindicação, pode vir com a *laudatio auctoris* (Código de Processo Civil, art. 99).

Para que o possuidor imediato, ou mediato de grau inferior, que do autor houve a pEsse, seja legitimado passivo, basta que se trate de reivindicação. A ação é que há de ser julgada procedente, ou

improcedente, por ter havido, ou não, negação da propriedade e consequente *mutatio causae pEssessionis.* Se o possuidor imediato, ou mediato de grau inferior, não houve do autor o título, não é essencial que se cite a pessoa que para o réu seria o possuidor mediato de grau superior, mas pode o réu nomear à autoria *(laudatio auctoris)* a êsse. A sentença na ação de reivindicação que não correu contra o possuidor próprio não tem fôrça de coisa julgada contra êle, nem contra os possuidores mediatos não citados.

§ 1.575. Objeto da ação de reivindicação

1.OBJETO DE DIREITO E AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO. Objeto da ação de reivindicação é coisa determinada e apropriável, se bem que o proprietário de coisas inalienáveis possa reivindicar. Pode tratar-se de coisa imóvel ou de coisa móvel, inclusive coisas coletivas, suscetíveis de descrição, porém não partes integrantes. Qualquer separação, que em direito se permita, há de preceder à propositura da ação de reivindicação. Tratando-se de patrimonio, ou de coisas coletivas, tanto é reivindicável o todo quanto o são as coisas componentes, individualizáveis. A discussão dos juristas romanos (P. BONFANTE. *Corso di Diritto romano,* II, 2, 299) é, para o sistema jurídico brasileiro, intempestiva, diante dos arts. 54, II, e 57, que explicitamente acolheram a categoria jurídica (cf. DOMENICO BARBERO, *te Universalitá patrirnoniati,* 1 s.).

A reivindicação somente pode ser do imóvel próprio, ou de parte integrante do imóvel próprio, e não de parte integrante do imóvel de outrem *(e.* g., 1? Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 11 de outubro de 1945, R.F., 113, 159).

2.INDIVIDUAÇÃO DO BEM REIVINDICANDO. Na ação de reivindicação, tem-se de provar o dominão, não a pEsse; nem se pode satisfazer o juiz com a regra: “Presume-se dono quem possui”, porque tal regra não está em nosso sistema jurídico (sem razão, a 3? Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 18 de março de 1982, *R. dos* 7“., 82, 278), e nada mais perigoso do que se enxertarem no sistema jurídico regras que pertencem a direito estrangeiro (com razão, a Côrte Suprema, a 1.0 de agôsto de 1984, *R. de D.,* 128, 71; e 13 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 2 de agôsto de 1948, *R. fl,* 120, 185: “Reivindica quem é dono e contra quem mal possui. O

possuidor, portanto, só poderá ser compelido a largar a pEsse quando houver prova de dominão oferecida pelo contendor”; 1.8 Câmara Cível

do Tribunal de Justiça da Bahia, 29 de abril de 1947, *R. dos 7*"., Bahia, 38, 498).

Não se precisa individuar ao todo quando satisfatória a individualização da parte divisa do imóvel que se quer reivindicar (Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 2 de julho de 1982, *R. F.,* 59, 189).

Tem-se de indicar de modo suficiente o que se vai reivindicar: ou pela determinação da área e pelas confrontações (2? Turma do Supremo Tribunal Federal, 20 de junho de 1947, *R.F.,* 116, 417; 22 de agôsto de 1947, 119, 75: "~

sabido que, na *rei viridicatio,* deve o autor alegar e provar o dominão de coisa individualizada, dando-lhe os sinais e, se se tratar de imóvel, as confrontações") ; ou individuando-se por outro modo (2? Turma, 10 de setembro de 1948, li. *dos* 7"., 125, 895).

§ 1.576. Defesa e exceções do demandado

1.OBJEÇÃO RADICAL. O demandado em reivindicação pode objetar (= defender-se) que êle, e não o autor, é proprietário, e essa defesa envolve exame da relação jurídica de propriedade, com as conseqUências para a eficácia da sentença. No fundo, a objeção é à legitimação ativa.

2. OBJEÇÃO AO "IUS POSSIDENDI". Pode o demandado, em vez de objetar à alegação de propriedade, objetar à alegação do i *us possidendi.* Se o demandado nada alega contra a propriedade do demandante, ou se alega sem fundamento, ou sem razão, passa-se ao exame do que alegou quanto ao direito de possuir. A existência de direito de pEsse, por parte do demandado, exclui, na medida em que existe, o direito do demandante. Não se trata de exceção, que apenas encobriria a eficácia do *jus possidendi.* A reivindicação só se dá, então, sem a entrega da pEsse objetada.

8.LEGITIMAÇÃO A POSSUIR POR PARTE DO DEMANDADO.

O possuidor pode objetar à entrega da coisa se êle ou o possuidor mediato, de que lhe vem a pEsse, é legitimado, perante o proprietário, a possuir (cf. art. 486; L. 20, D. *de adquirenda vel amitienda pEssessione,*

41, 2; Novela XVIII, cap. 10). Costuma-se dizer que se trata, aí, de *exceção* do demandado, exceção suspensiva; e foi isso repetido séculos e séculos, com aluades a textos romanos. Em verdade, a despeito de o endossarem tantos juristas *(e. g.,* além dos franceses e italianos, G. PLANa, *Kommentar,* III, 4? ed., 472 5.; Tu. Kn‟r, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 212 s.; E. SUPrES, *Einredebegriff,* 22 e 50 s.; K. MAENNER, *Saehenrecht,* 225; 2.

LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede,* 293; K. HELLWIC, *Anspruch und Klagrecht, 7,* nota 7, e 317, nota 6; A. VON TURE, *Der Allgemeine Teu,* 1, 299 s.; E. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichlceit, *Ãrchiv fur die civilistieche Praxis,* 99, 33; H. Huisca, *Die ttbertragung der Rechtsausiibung,* 211 sj, quem tem direito de pEsse, mediata ou imediata, não é titular de exceção só, que encubra a eficácia do direito do proprietário. é titular de direito, temporário ou não, que algo *retirou* ao direito do proprietário, portanto, há mais do que simples encobrimento. Já assim, enêrgicamente, A. THON *(Rechtsnorm und sub jeictives Rec)d,* 276 s.; Die rechtsverfolgende Einrede, *Jahrbiicher fúr die Dogmatik,* 28, 55), C. CROME *(System,* 1, 189), F.

FRIEDENTHAL *(Einwendung urtd Einrede,* 42 s.), H. SIBER *(Der Rechtszwangim SchuldverMltflu,* 138 s., *Die Passivlegitilflatiofl hei der* rei vindicatio, 257) ; A. RAPPAPORT *(Die Einrede aus dem fremdefl RechtsverMitflMse,* 32 s.); e, com o estudo mais completo do assunto, MAROABETHE SCHERI((Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, *Jherirtgs Jahrbiicher,* 67, 301 s. e 857 s-) -

(No § 986 do Código Civil alemão, a expressão “verweigern”, recusar, levou os intérpretes, na sua maioria, a ter-se a objeção do direito de pEsse como exceção- Alguns não só por isso; persistiam no velho erro. o demandante, que tem contra si o direito de pEsse de outrem, não tem contra o titular desse, na extensão em que o direito existe, qualquer pretensão reivindicatória. É preciso evitar-se o erro do Código Civil alemão e o da doutrina alemã, que, em vez de obviar a êle, lhe deu relêvo, contra a obra da ciência, que vem de A. TEoN a L. RAAPE, Gebrauchs-und ~esitzãberlfts5ung, *Jherings Jahrlyilcher,* 71, 166 a.).

4.ALEGAÇÃO DE AQIJISIÇÃO AO AUTOR. O réu pode opor que comprou ao autor a coisa, ou seja porque êsse mesmo a alienou, ou porque o autor sucedeu àquele de quem o réu a houve. Os textos romanos falam de *exceptio rei venditae et traditae,* se o autor não era proprietário e, depois, adquiriu a propriedade. Há, hoje, se só êsse elemento faltava ao suporte fáctico, compra-e-venda *ineficaz* contra o

verdadeiro dono, mas *eficaz* contra o vendedor não~proprietário, que, tendo feito a tradição da coisa, está em situação de quem vai contra o ato próprio e é repelido pela *exceptio rei venditae et traditae.* Se houve a aquisição pela superveniêlicia da aquísíÇÃO da coisa pelo não-dono vendedor, não há pensar-se em exceção, mas em defesa: proprietário é o réu (art. 622).

5.ALEGAÇÃO DE DIREITO DE FESSE. A defesa pode consistir em alegação de direito de pEsse: (a)Se o possuidor tem direito de possuir, frente a quem quer que seja (direito real), ou frente ao proprietário (direito pessoal), como se é usufrutuário, credor pignoratício, ou anticrético, usuário, ou titular de direito de habitação, ou se é locatário, ou comodatário. Se o imóvel foi vendido e entregue, porém ainda não se procedeu à transcrição, discute-se se a tradição criou direito de pEsse ou se só cria exceção.

Entende MARTIN WOLFF *(Lehrbuch.,* III, 27.~-82.~ ed., 278) que se trata de espécie (nova) de *exceptio rei venditae et traditas* (desaparecida a espécie da L. 1, D., *de exceptione rei ven~ ditae et traditae,* 21, 3: "Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum pestea factum petas, hac exceptione recte repellendum", a que se referiam CORREIA TELES, *Digesto Português,* 1, § 877, 111 s., e LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1,228).

O possuidor pode defender-se, ou alegando que o autor não é proprietário, ou que tem direito à pEsse, como usufrutuário, usuário, titular de direito à habitação, possuidor como locatário, ou por outro titulo de pEsse imediata, ou direito de retenção. A *exceptio rei iudicatae* concerne a uma dessas alegações, se há a respeito sentença trAnsita em julgado. A *exceptio rei ven.dita.e d traditae* opera como exceção: não se nega a propriedade do autor, mas afirma-se que se pode pedir e se tem direito à execução da obrigação pela coisa certa e a exceção consiste nisso. A despeito do nome, cabe em quaisquer ações de restituição, se o réu pode pedir o adimplemento da obrigação de prestar coisa certa, ou aquilo de que se quer a restituição. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 13, § 6, falaram de venda "e quaisquer outras avenças"; e já assim se entendia no direito afonsino (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 45, § 3: .... - nom taõ somente ham lugar nos contrautos das compras e vendas, mas ainda nos contrautos dos arrendamentos, e aforamentos, e escaimbos, e aveenças, e quaesquer outros semelhantes, em que se dá, ou leixa hua cousa por outra". Aí, é dos contratos comutativos que se cogita; mas a obrigação de prestar, por parte do autor, não é somente oriunda deles.

Se o réu já tem a pEsse da coisa que adquiriu, tem a exceção *rei venditae et traditae.*

Se o reivindicante, ainda que verdadeiro dono da coisa, sucedeu, por título universal ou singular, ao que alienara a coisa, o demandado tem objeção contra o reivindicante como teria contra o sucedido, ou exceção *rei venditae et traditae,* se se só isso teria contra o sucedido (L. 71, fl, *de rei vindicatione,* 6, 1; L. 3, § 1, D., *de exceptione rei venditae et trai) itae,* 21, 3:

"Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint", onde a última proposição é interpolação). Naturalmente, é preciso que tenha havido a entrega ou tomada de pEsse em virtude de ato válido (L. 1, § 5, D., *de exceptione rei venditae et tra ditas,* 21, 3).

Para que exista o direito de pEsse, segundo (a), basta que o demandado a tenha adquirido por ato judicial, ou de justiça de mão própria; *e. g.,* se o adquirente, em vez de pedir imissão de pEsse, entrou nas terras compradas e se instalou nelas, ou de outro modo delas tomou pEsse (MARTIN WOLFF, *Das Recht zum Besitze,* 7s.; Tu. Kín, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,*- 1, 1008; sem razão, L. RAAPE, Gebrauchs- und Besitzflberlassung, *Jherings Jahrbilcher,* 71, 164 sj. Se se trata de direito real, êsse tem eficácia frente a todos e, pois, frente ao proprietário. Se se trata de direito pessoal, é preciso que exista frente ao proprietário ou antecessor na situação juri-dica, se sucessão houve no dever e na obrigação. Se foi cedida a pretensão de entregar, o possuidor pode opor ao nôvo proprietário o direito que tinha contra a pretensão cedida. Idem, quanto ao constituto pEssessório (art. 494, IV).

Alugou A a B a máquina de descaroçar algodão, para o tempo da safra, e, depois, alienou a máquina a C, cedendo a C a~ pretensão reivindicatória, ou por constituto pEssessório. Se O quer reívíndicar a máquina, antes da safra, esbarra com o direito de B.

Se A arrendou a coisa móvel a C e, depois, alienou a E, C pode objetar a B, que a vem reivindicar. No direito imobiliário é diferente: o locatário, *ou outro titular de direito pessoal,* somente pode opor o seu direito de pEsse àquele que não é figura da relação jurídica em que é sujeito ativo o titular do direito de pEsse, se foi incluída a cláusula de vigência em caso de alienação e consta ela do registro público (art. 1.197).

(b)Se o possuidor não está em relação jurídica, que lhe dê o direito de

pEsse contra o proprietário, conforme em (a), mas houve a pEsse imediata a quem está na relação jurídica de (a) frente ao proprietário, pode objetar à reivindicação. Assim, se A alienou a E a fazenda, dando-lhe a pEsse, antes da transcrição do título, e E a arrenda a C, pode O objetar a A, que a vem reivindicar. Se A alienou a E e E a O, sem que A tenha entregue a E a pEsse, C, que a adquiriu, judicialmente ou por justiça de mão própria, pode objetar a A, porque Epodia tê-la pedido judicialmente (assim, MARTIN WoLFF, *Das Recht zuni Besitze,* 17 s., MARGARETRE SCHERK, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, *Jherings Jahrbiicher,* 67, 323 e 350).

(e) O réu, na reivindicação, pode opor o seu *direito de retenção* por benfeitorias e despesas *(e. g.,* art. 516). Pode haver direito à indenização sem que exista direito de retenção *(e.* g~ art. 517, 2~ parte) -

6.EXTINÇÃO DA PRETENSÂO À REIVINDICAÇÃO. A pretensão a reivindicar extingue-se: a) se o que a tem, ou a tem e exerce, logra a pEsse, pela entrega ou não; se a propriedade se extingue; *c)* se o demandado adquiriu direito de pEsse *(e. g.,* se, tendo sido transferida, condicionalmente, a pEsse, a condição se realiza) - Se bem que não haja sucessão nas relações jurídicas, existe nos direitos, pretensões, ações e exceções. Por isso, não há extinção da pretensão, se a propriedade se transfere, ou a pEsse (K. HELLWIG, *Lehrbuch,* 1, 289; MARTIN

WOLFF, *Leh.rbuch-,* ~ 27Y-32.~ ed., 280; sem razão, A. VON TURE, *Der Áligerneifle TeU,* 1, 228, nota 32, que merece resposta: há, da parte do réu, *dever* de entrega, que é transmissível; como dever, efeito da relação pEssessória, que é o suporte táctico, cf. art. 496). A prescrição da pretensão reivindicatória não extingue a pretensão: trata-se de exceção; portanto. só se encobre a eficácia daquela. Só há ciência onde há conceitos precisos.

7.REIVINDICAÇÃO E PRESCRIÇXO jO prazo de cinco anos a que se refere o art. 178, § 10, VI, do Código Civil (cf. Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, art. 1.0), concerne, também, às ações reais? De modo nenhum (Tomo VI, § 714, 2; sem razão, Supremo Tribunal Federal, a 27 de agôsto de 1931, E. *F.,* 57, 367)- A prescrição da ação de reivindicação era a do art 177, 2.8 parte; dez anos, entre presentes; vinte anos, entre ausentes; vai ser, com a redação que deu ao art. 177, 2ª parte, a Lei n- 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0, em dez anos,

entre presentes, e quinze, entre ausentes ("As ações pessoais prescrevem, ordinàriamente, em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas"). Algumas vêzes, os juizes confundem, em erro palmar, a prescrição da ação real e a usucapião, o que revela bem poucos conhecimentos cientificos *(e- g., L8* Turma do Supremo Tribunal Federal, 2"7 de maio de 1946, *Á. .1.,* 79, 19, onde ainda se fala de prescrição aquisitiva, conceito que o Código Civil repeliu e cuja crítica fazemos no Tomo VI; e a mesma 1.8 Turma, a 28 de novembro de 1949, 94, 15, onde há verdadeira trapalhada de conceitos). Isso nada tem com a possibilidade de usucapir-se antes de prescrever a ação real do que *era* dono: aí, sim, extingue-se o direito (não prescreve a ação) *antes* de prescrever a ação, pois, extinto o direito, extingue-se a ação; e extingue-se o direito porque nasceu o de outro e os sistemas jurídicos são sistemas lógicos.

Quanto à afirmação de "não se pode conceber a existência de um direito sem sujeito (7), ou de um desapercebido de ação"", que aparece no acórdão do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 6 de julho de 1939 (E. *F.,* 80, 379), é de repelir-se: há direitos sem ação, e pretensões sem ação (cf. Tomo VI, §§ 640-649). O direito do dono do prédio cuja pEsse está com outrem e a que prescreve a ação de reivindicação, sem que se tenha dado a usucapião a favor do possuidor, é o exemplo por bem dizer clássico de direito com ação *encoberta* (direito mutilado) -Assim, denuncia escassa cultura jurídica quem afirma que a ação de reivindicação prescreve em trinta anos, como se disse nas Câmaras Retinidas da Côrte de Apelação do Rio Grande do Sul, a 25 de setembro de 1937 *(Decisões,* 1937, II, 1144), ou se escreveu no acórdão da Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 1.~ de junho de 1938 *(R. F.,* 75, 607:

"Se não tiver diante de si um adversário com usucapião completada ou consumada, isto é, com título, boa fé e pEsse de dez anos entre presentes ou vinte entre ausentes, etc., o antigo possuidor, isto é, o sujeito ativo da ação de reivindicação, não verá prescrita a sua ação, que protege o seu direito real de propriedade plena. . 2"). A Lei n.

2.437, de 7 de março de 1955, deu outra redação ao art. 550, diminuindo o prazo da usucapião: "Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o dominão, independente de titulo e de boa fé, que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de titulo para a transcrição no registro de imóveis". Ao art. 551 fêz dizer: "Adquire também o dominão do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze, entre ausentes, o possuir

como seu, continua e incontestada-mente, com justo título e boa fé".

Seja-nos dado anotar, aqui, o vêzo de alguns juristas e juizes, que, sem lastro para ver a sistemática do direito, apontam contradição nas leis a cada passo e cegos para as diferenças dos conceitos compensam a deficiência cultural com a violência na critica feita às leis. Disso é exemplo o acórdão da 43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de fevereiro de 1932 *(R. dos* 7"., 81, 545: "O caso não é, evidentemente, regido pelo citado art. 177, senão pelos artigos do Código atinentes à usucapião. Os comentadores, entre os quais CÂRPENTER, *Manual do Código Civil,* IV, 183, assinalam a contradição entre o art. 177 e os arts. 550 e 619, explicando que devem êstes prevalecer sôbre aquele"; 43 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23

de agôsto de 1945, 162, 66:

"O art. 177 do Código Civil, no tocante às ações reais, não pode ser interpretado como soam as suas palavras, dado que contém um erro crasso, como observa CARPENTER. Tal erro foi, aliás, corrigido pelos arts. 550 e 619 do mesmo Código, pois, se fôsse verdade que as ações reais prescrevem em dez anos entre presentes e em vinte entre ausentes (é ainda CARPENTER que o afirma), então a usucapião seria instituto inútil"; aliás, o "erro crasso", crassíssimo, não foi da lei, mas de L.F. 5. CARPENTER).

As proposições, encontráveis em juristas e juizes, de ser imprescritivel a ação de reivindicação, são absurdas e já apontadas, no Tomo VI, § 702, 3, como tais (outros exemplos, 43 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 21 de agôsto de 1935, *A. J.,* 36, 137; 43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de agôsto de 1947, *R. dos 7"., 170,* 647).

Na ação de reivindicação, pode o réu alegar a prescrição, a de quinze anos, entre ausentes, ou de dez, entre presentes. Isso não é alegar usucapião, pôsto que possa o réu dizer que já usucapiu. O argumento de que, não podendo alegar a usucapião se ainda não foi proferida sentença, ficaria sem defesa o réu, e sem pertinência *(e. g.,* 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de agôsto de 1948, 1?. *dos* 7h, 176.

629), é de nenhum valor; porque o prazo para usucapir é igual ou maior que o da prescrição. Uma alegação se *contém* na outra.

§ 1.577. Eficácia da sentença reivindicatória

1. FÔRÇA DA SENTENÇA REIVINDICATÓRIA. A sentença, na ação de reivindicação, que é executiva, cumpre-se quanto aos que foram réus; e não contra quem não foi parte, nem tem de sofrer a fôrça e a eficácia da sentença. Se houve fraude à execução, outra questão é: aí, toda alienação ou gravame é ineficaz. Por isso, fugiu aos princípios o acórdão da 3□a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de junho de 1933 *(R. dos* 7"., 89, 282), quando disse: "Nas ações reivindicatórias, pode a execução ser promovida não só contra o réu vencido como contra os terceiros que dele receberam a coisa. Do contrário, seria fácil aos réus iludirem a vitória do autor, porque, condenados à entrega, passariam o objeto a outrem, obrigando o autor à propositura de nova ação e assim sucessivamente". Se em outro processo *(e. g.,* processo de divisão) já foi entre as mesmas partes julgado o dominão, há coisa julgada material (43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de maio de 1949, 1?.

dos 7"., 181, 242) -

2.DEVER DE ASSISTIR NA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DO IMÓVEL. O possuidor que alienou o imóvel tem de assistir ao proprietário na retificação do registro, nos termos do art. 860 (art. 967). Subentende-se: se tal retificação é possível, pois, se o terceiro adquiriu a propriedade, não subsiste ação de retificação.

3.ALIENAÇÃO ANTES DA REIVINDICAÇÃO. O que alienou de boa fé, a titulo oneroso, responde pelo preço recebido; se de má fé, pelo valor do imóvel mais perdas e danos (art. 968). Se a titulo gratuito, não tendo o terceiro adquirido a propriedade, cabe a reivindicação. Se a titulo oneroso, estando de má fé o terceiro, não houve aquisição, por ter sido outorgado pelo não-dono, estando de má fé o terceiro, segundo os princípios. A referência do art. 968, parágrafo único, à reivindicação é *tapsus Iinguae.*

4.REIVINDICATÓRIA E AÇÃO DECLARATÓRIA DA PROPRIEDADE. À questão de se saber se a pretensão reivindicatória, exercida, leva, *sempre,* consigo a pretensão declaratória, têm-se dado diferentes respostas. A declaração de propriedade, para ter a fôrça que se há de esperar, há de ser exercida *erga omnes.* o que exigiria o procedimento edital. A declaraÇÃO de propriedade, para fôrça apenas *inter partes,* é como fotografia parcial; a relação jurídica é entre o proprietário e todos, mas só se vê e se declara (= se focaliza e se fotografa o raio da relação jurídica entre o proprietário e o demandado). Tal é a

declaração que se faz na ação de limites. Na demanda de entrega ao proprietário *(Herausgabeklage)* não está implícita, escreveu MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 276), a declaração judicial da propriedade; o que se pode dar é a cumulação. Ao primeiro exame parece que a afirmação é precipitada e não se entenderia que se pudesse entregar a coisa, judicialmente, ao que não alega esbulho, se não se declara, antecipadamente. em questão prévia inclusa no mérito, a propriedade do autor. Ocorre, porém, que por vêzes não se pediu a declaração nem o réu articulou de tal modo a defesa que na ação de reivindicação se obtém sentença sem a fOrça de coisa julgada (G. PLANCK, *Konunentar,* III, 476; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 267; XCKoBER, *J. v. Staudingers Kommentar,* III, 467; XC. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 222, nota 6; H.

DERNBURG, *Das Butrgerlzche Recht,* III, 413)- Observe-se, todavia, que isso é raro. Na prática do direito brasileiro, quase sempre se concebe a petição de reivindicação com o pedido de declaração. CORREIA TELES

(Doutrina das Ações, § 69, 102) parecia concebê-la com a questão prévia, mas à nota 1 aludia às dificuldades da prova do dominão. A atribuição de eficácia de coisa julgada, *sempre, à* sentença que se profira na ação de reivindicação, teria o grave inconveniente de se ter com fOrça de coisa julgada, em contrário ao pedido, a sentença desfavorável, que seria *declaratório,* do não-dominão ou outro direito real, em vez de ser, tão-só, declaratória de não caber a entrega. Note-se a diferença de conteúdo. (Quem, por exemplo, propõe ação executiva por titulo cambiário e perde tem contra si a sentença, que é declaratória da não-executividade, e não de não ser devido o quanto do titulo, salvo se foi isso objeto de discussão, sendo a ação executiva por títulos de crédito ação de fOrça executiva, por adiantamento de cognição.) Se a prova que se deu foi a do registro, a sentença favorável ao autor não exclui a ação de retificação do registro, o que a ação declaratória negativa do direito do réu excluiria, e até a sentença desfavorável ao réu na ação declarativa positiva, proposta por êle ou pelo proprietário. A carga ~ de declaratividade, na ação de reivindicação, é pois para *id quod plerum que .fit.*

A cumulação da reivindicatória com a declaratória pode dar-se: primeiro julga-se essa; depois, aquela, se bem que na mesma sentença (XC. HELLWIG, *Ánspruch und Klagrecht,* 32; *Lehrbuch,* 1, 391; sem razão, L. SEUFFERT, *Kommentar zur Civilprozessordnuitg, 93* ed., 1, 859).

§ 1.578. Cumprimento da sentença reivindicatótia

1. SENTENÇA FAvORÁVEL NA AÇÃO DE REIvINDICAÇÃO. A característica da sentença favorável, na ação de reivindicação, é a *vindicação* da coisa: o juiz toma, para o autor, a pEsse, vindica a coisa. Se a execução com essa tomada é impossível, porque o réu não era possuidor ao tempo da citação, nem se tornou depois, até ao tempo da sentença, não há pensar-se em sentença favorável de reivindicação- Se a execução se impossibilitou depois da citação, por perecimento da coisa, *com responsabilidade do possuidor-réu,* tem êsse de satisfazer perdas e danos; bem assim, se acudiu à citação, sem ter a pEsse, e não o alegou, sendo condenado. Aqui, não se trata de ação de indenização, mas de *execução* da sentença de reivindicação. TOda responsabilidade por fato anterior à citação só é apurável em ação de indenização, se não foi moratoria da petição mesma de reivindicação.

2.IMPOSSBILITAÇÃO DA REIvINDICAÇÃO. Se a reivindicação da coisa se torna impossível a) pelo perecimento dela, ou *b)* por ter sido consumida, ou *c)* pela transformação que lhe tirou a individualidade, que era a sua *(e. g.,* especificação), ou *d)* pela perda da pEsse, tem-se de apurar o tempo em que ocorreu a impossibilidade.

Se ocorreu *antes* da citação, o possuidor de boa fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que a tenha causado (art. 514), ao passo que o possuidor de má fé responde, ainda que acidental a perda ou a deterioração, salvo se provar que do mesmo modo se teria dado estando a coisa na pEsse do reivindicante *(aliter,* L. 40, fl., *de hereditatis petitione,* 5, 3; L. 15, § 3, 13., *de rei vindicatiofle,* 6, 1; L. 12, § 4., *ad exhdbendum,* 10, 4:

“tanto magis si apparebit eo ca~u mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhíbitus fuisset”, que foi interpolado; e L. 14, § 1, 13., *depositi vel contra,* 16, 3: “cum interitura esset ea res et si restituta esset actori”, outra interpolação; LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas, 1,* 223). Depois da citação, o possuidor de boa fé respondia como o possuidor de má fé (cp. L. 45, 13., *de rei vindicatiofle,* 6, 1, sObre o possuidor de boa fe e a lítíscontestação), se a sua boa fé desapareceu: não temos o principio da paridade da sorte dos possuidores após a litiscontestação (L. 25, § 7, 13., *de hereditatis petitione,* 5, 3: “post motam controversiam omnes pEssessores pares fiunt”), ou após a citação.

3. CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO. Havendo condenação em perdas e danos, ou em frutos, tem-se de liquidar e executar essa parte da sentença (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* 101, nota 1, *in fine;*

TEIXEIRA DE FREITAS, *Doutrina das Áções,* 37).

4. POSSUIDOR IMEDIATO, RÉU NA AÇÃO. O possuidor imediato pode ter direito de pEsse imediata, e não ter direito de pEsse mediata como proprietário. De modo que o possuidor imediato, com direito a isso, se esbulha a pEsse do proprietário, pode ser condenado na ação de reivindicação, cuja sentença dará ao proprietário a pEsse mediata. Se o possuidor imediato não tem direito de pEsse imediata, porque o possuidor mediato lha deu sem poder dar-lhe, o pedido do proprietário e a decisão judicial têm de ser no sentido de se entregar a coisa ao possuidor mediato, salvo se êsse não a tem mais, ou não na quer, ou se não a querem todos os compossuidores, ou um dos compossuidores solidários. Assim, se o locatário sublocou a coisa, a ação é para que o sublocatário entregue a coisa ao locatário, se não cabe alguma das espécies referidas. Se o credor pignoraticio aliena a coisa, dá-se o mesmo (MARTTN WOLFF, *Das Rech)t zum Besitze,* 20 s.; MARGARETRE SCRERK, Pie Em-rede aus dem Recht zum Besitz, *.fl&erings Jahrbücher,* 67, 301 s. e 357 s.; sem razão, A. RAPPAPORT, *Die Einrede aus dem frem*

deis *Rechtsverhtiltnisse,* 209 a., e A. VON mHE, *Der Aligemeine Teu,* III, 307, nota 104).

5.SENTENÇA CONTRA O POSSUIDOR MEDIATO. A sentença contra o possuidor mediato só se dirige à entrega da pEsse mediata, que é o que o demandado tem, a pEsse mediata e, com ela, a pretensão à entrega da pEsse imediata, que o demandado tenha, passam ao demandante. É erro dizer-se que o proprietário, em principio, há de pedir a cessão da pretensão à entrega da coisa (pEsse imediata); primeiro, porque a figura da cessão é inadequada; segundo, porque pode tal pretensão ainda não existir. A adjudicação da pretensão de entrega é que perfaz o cumprimento da sentença, quando já há tal pretensão. Fora dai, o que passa ao proprietário é sOmente a pEsse mediata, com supervenuência da pretensão a poder ser exigida a pEsse imediata. O possuidor mediato somente pode ser demandado pela pEsse imediata se essa proveio dele *(e. g.,* alugou a coisa, ou depositou).

§ 1.579. ReembOlso de gastos ao possuidor

1.PROBLEMA TÉCNICO DO REEMBÔLSO. O direito romano iniciou a solução do problema do ressarcimento aos possuidores em caso de

recuperar a coisa o proprietário. Deu-lhes apenas *exceção,* direito de retenção, até que lhes sejam abonados os gastos. Não havia a *pretensão* e a *ação de ressarcimento,* nem o *direito subsidiário a satisfazer-se na coisa.* O sistema jurídico brasileiro tem as trs figuras. Para a solução do problema, são conceitos indispensáveis o de *boa fé* e o de *má fé,* os de *benfeitorias* e *gastos necessários úteis* e *voluptuários.*

O conceito de boa fé e à de má fé são os mesmos de que falámos a propósito da ação de indenização contra os possuidores.

2.QUANDO NO DIREITO A REEMBÔLSO. De reembolso ao possuidor somente se pode cogitar se a) o proprietário ratificou os gastos (art. 1.343), ou se 6) foi recuperada (não só se foi entregue 1) a coisa. Antes de se compor um dêsses fatos, há direito a reembOlso, não, porém, pretensão; por isso mesmo, não começa de correr a prescrição (HANS REICHEL, Unklagbare Ansprúche, *Jherings JakrbMcher,* 59, 484 s., pensava em pretensão existente, ainda sem ação, mas, em verdade, o possuidor nem pode exigir, nem alegar compensação; e MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* III, 293, em pretensão ainda não plena, cessível e penhorável) - Existe o direito a ser reembolsado; êsse direito é que se cede e penhora, ou por outro modo se constringe. *J.* C. VON SCHWERIN

(Schuld und Haftung, 26) via, aí, responsabilidade *real* pura, o que foi aproximar-se da verdade. A construção ficou por ser explicada. A análise dos *efeitos* mostra-nos que a inversão é que é o fato e entra no mundo jurídico, com duas linhas diante de si, ou a aquisição da propriedade da coisa pelo possuidor, com a integração dos gastos *ex tunc,* ou a não-aquisição, com a recuperação da pEsse pelo proprietário, ou, pelo menos, a ratificação por êle, surgindo a pretensão. Não se argumente, contra isso, que o possuidor que recuse o reembôlso oferecido incorre em *mora accipiendi.* Claro é que incorre; mas oferecer o reembOlso é ratificar. Por outro lado, o que entra na massa concursal é o direito, e não a pretensão ou ação, se aquela ou aquela e essa não nasceram.

a) A ratificação dos gastos é ato de aprovação, exercício de direito formativo gerador, em declaração unilateral receptícia, de conteúdo *liquido* ou *a liquidar-se,* ou em manifestação de vontade. (A ratificação pode ser declaração de vontade, ou simples manifestação, o que tem grande importância para se saber se houve a escolha do art. 519, ou se se prescindiu dela, renunciando-se.) O possuidor que oferece a coisa ao proprietário, se tem direito de retenção, ou se não no tem, pode fazer reserva do direito ao reembôlso; o próprio possuidor de má fé

pode fazer tal reserva, pôsto que não poderia reter a coisa. MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 294) sustentou que só tem a faculdade de oferecer *com reserva da pretensão* o possuidor que tem direito de retenção: só pode fazer reserva quem pode reter Mas" tal opinião é inadmissível, pois faria dependente de existir *exceção* o afirmar a pretensão, ou o direito mesmo. Se fôsse verdadyira a coincidência, a simetria seria ocasional. Contra êle também E. BRODMANN, em G. PLANCK *(Kommentar,* III, 4Y ed., 515). Se o possuidor não usou da exceção, sim, não pode, depois da condenação, recusar-se a fazê-lo, pretextando o direito de retenção.

b)Se o proprietário recupera a coisa, nasce ao possuidor, que perde a pEsse e a que, pois, se elimina uma das linhas de que falámos, a pretensão ao reembOlso. Não importa apurar-se como se deu a recuperação (entregar, pôr à disposição, ato de justiça de mão própria, achada, aquisição por terceiro que negociou com o proprietário, desfôrço). Se se trata de possuidor mediato, a cessão da pretensão de entrega pelo possuidor imediato é recuperação pelo proprietário cessionário. Se o possuidor é imediato e foi êle que inverteu, não basta reconhecer a pEsse mediata do proprietário para que se tenha como recuperada por êsse a pEsse.

Se mudou o proprietário, o nôvo proprietário é devedor e obrigado a reembolsar o que se inverteu ao tempo dos seus antecessores, quer tenha adquirido derivativa quer originàriamente a propriedade. Naturalmente, há de observar-se o art. 519. Quanto ao proprietário anterior, se não ratificou os gastos, nem recebeu a coisa, libera-se com a transferência da propriedade, ao passo que o nôvo proprietário, ainda que ignore os gastos, fica sujeito a ressarci-los. Se o antecessor ratificou os gastos, são responsáveis pessoal e solidàriamente o antigo e o nôvo proprietário.

c)Se o proprietário não ratifica os gastos, nem aceita a coisa, o possuidor não pode constrangê-lo a reembôlso dos gastos, ainda em se tratando de benfeitorias necessárias. Mas o possuidor, que passa a reconhecer o direito à pEsse, por parte do proprietário, ou a propriedade que lhe compete, ou que resolve entregar a coisa, tem o caminho da *ação de preceito cominatório* (Código de Processo Civil, art. 302, V e XII), para que, dentro de prazo que o juiz marque, o proprietário ratifique, recebendo ou não a coisa, ou que o deixe satisfazer-se sôbre a coisa. Se o proprietário nega que o direito a reembôlso exista, ou que exista no quanto pedido, segue-se o rito ordinário, segundo o art. 307, § 2.0, do Código de Processo Civil; e a decisão é *declarativa,* porque só concerne ao direito, e não à pretensão, o que seria prematuro. Na ação de reivindicação, não há reconvenção, de jeito que pudesse o réu pedir a condenação do autor ao que lhe há de ser reembolsado; tem êle apenas a alegabilidade do desembôlso, pois a ação de reembôlso ainda não nasceu. Se o réu não contesta, ou ratifica as contas, julgam-se as contas, declarativamente. Se o réu aceita a coisa, o possuidor, que tem direito de retenção, pode exercê-lo. Aliás está implícita a reserva do seu direito. Proferida e trAnsita em julgado a sentença que fixou o quanto, pode o autor continuar na pEsse, se o réu a rejeitou, ou, se foi apurado o saldo, ir com a execução nos próprios autos segundo o art. 310 do Código de Processo Civil. Essa execução é em pedido condenatório-executivo, porque, com

a ratificação, ou com a aceitação da coisa, ou com a eficácia da cominação, *já* surgiu a pretensão. Pôsto que a decisão seja eficaz contra o proprietário-réu, ou pesteriores proprietários, é decisão em ação pessoal, por não ser real o direito do possuidor ao reembOlso (sem razão, TH. WOLFF, Das Zuriickbehaltungsrecht im Konkurse, *Leipziger Zeitschrift,* II, 109 e ECKELS, Der Verwendungsanspruch, *Zentralbla.tt,* IX, 211).

O direito de satisfazer-se depende de ainda ser o possuidor o que o invoca. Se não subsiste a pEsse, não no há mais. A pretensão pode ter nascido (o proprietário ratificou os gastos, ou recuperou a pEsse) ; pode ter-se extinguido o direito de se satisfazer sôbre a coisa, não ter nascido a pretensão ao reembôlso e ter desaparecido o próprio direito ao reembOlso (a pEsse passa a outrem, e não ao proprietário). Com a recuperação da pEsse, o que fêz os gastos recupera o direito ao reembôlso e a satisfazer-se.

3.BENFEITORIAS NECESSÁRIAS E GASTOS NECESSÁRIOS. Benfeitorias necessárias e gastos são os que têm por fim conservar a coisa, ou evitar que se deteriore (art. 63, § 3□O), ou explorá-la na forma da exploração anterior, *no que é necessario* (E. FUCHS, *Leipziger Zeitschrift,* 23, 300, foi além: incluiu o que é proveitoso à exploração, na sua linha de crescimento). Por exemplo: forragens de animais, consertos de teIhado e paredes, construção de muro obrigatória (juridicamente necessária) ou premente, canalização indispensável, juros hipotecários. Os impostos e taxas são carregados a quem tem o fruto da coisa, salvo, quanto a essas, se concernem a coisa e a prestação, a que correspondem, se insere no valor do bem e persiste como aumento (art. 519). Por exemplo, a contribuição de melhoria.

No direito comum, havia apenas, frente à *rei vindicatio,* a exceção *(exceptio doU)* pelas *impensae necessariae* (excluído o ladrão; *aliter,* hoje); e ao possuidor de boa fé, pelas *impensae utiles.* Quanto às *impensae voluptuariae,* só havia *ius toliendi.* No direito luso-brasileiro, as benfeitorias e gastos úteis, se ainda existentes, eram levantáveis e dedutíveis ao próprio possuidor de má fé (ALVARO VALASCO, *Decisionum Consultationunt,* 1, 192, contra o direito comum; Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 48, § 7; MELO FREIRE, *institutiofles,* IV, 65: “impensas tamen necessarias in rem factas omnino deducit, et utiles exstantes, sed eo tantum casu, si possint sine laesione prioris status auferri”; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 223, se o proprietário não preferia indenizá-las, cf. nota a, sôbre a luta doutrinária; CORREU TELES, *Doutrina das Ações,* 106, no sentido da alteração do direito, permitindo-se a repetição dos gastos úteis, e

assim LAFAJETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 226, que, sem razão, citou a MELO FREntE). O Código Civil, art. 517, restaurou a boa doutrina. MANUEL ÁLVARES PÉGAS *(Resolutione Forenses,* V, 485 s.) deu noticia de julgados do século XVII (1646 e 1647), que BORGES CARNEIRO cita; mas nem o julgado de Beja (8 de outubro de 1646) nem o da Casa da Suplicação (9-16 de junho de 1647) permitem que se pense em se ter sustentado a pretensão do possuidor de má fé à repetição dos gastos úteis.

As benfeitorias úteis, *levantáveis,* podiam ser tiradas pelo possuidor de má fé (L. 38, D., *de rei vindicatione,* 6, 1), e o direito luso-brasileiro o recebeu; porém o Código Civil, no art. 517, nega ao possuidor de má fé o próprio *ius toileridi* quanto às benfeitorias voluptuárias *(verbis* "nem o de levantar as voluptuárias"). A alteração no sistema jurídico foi profunda: o possuidor de má fé perde-as; naturalmente, se, antes da citação, não as tirou sem dano; se, tirando-as, causou dano, responde por êle. Se o reivindicante consente, pode o possuidor de má fé levantar as úteis e as voluptuárias, mas abre mão de direito. Tal reivindicante ou renunciou a direito, ou doou o valor dele.

Os gastos para a obtenção de frutos não são benfeitorias; são despesas que serviram à produção e custeio dos frutos percebidos (art. 510) ou despesas de produção e custeio dos frutos pendentes, que se hão de deduzir (art.

511) do valor deles. O tratamento do possuidor de má fé, no que respeita à dedução, só é diferente em que se têm por percebidos os frutos que, por culpa sua, deixou de perceber (art. 513).

4.DIREITo DE RETENÇÃO QUE TEM O POSSUIDOR COM BENFEITORIAS. Se o possuidor tem direito à indenização de benfeitorias, há de ressarci-las o proprietário. Para isso, tem o possuidor de boa fé, quanto às benfeitorias úteis e às necessárias, *direito de retenção* (art. 516, 2.2 parte) - Tal regra jurídica é para as espécies em que se não hajam regulado entre as partes o ressarcimento e o quanto. O possuidor de má fé somente tem dir eito às benfeitorias necessárias, sem direito de retenção (art. 517).

Odireito de retenção é *exceção* do possuidor de boa fé. Pode ser afastado com a caução. Não tem direito de retenção, ainda pelos gastos necessários, o possuidor de má fé. A arrematação exclui o direito de retenção, porque o preço da coisa se deposita. O concurso de credores do proprietário também o torna ineficaz (arg. ao Decreto - lei n, 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 70, § 40; ECKELS, Der Verwendungsanspruch, *Zentralblatt,* 9, 204; E.

JAEGER, *Kommentar zur Konlcursordnung,* 1, □

5 a ed., 771, nota 44).

No direito comum, a pretensão ao ressarcimento de despesas não era dotada de ação; só o era de *exceptio doU.*

Cedo, ÁLvARO VALASCO *(Decision.um Consultationum,* 1, 192) se insurgiu contra o direito comum: "ex illa lege" as Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 6, § 7 "puto factum, ut in praxi non servetur abrasio melioramentorum utilium, inducta de iure communi, nec unquam viderim hoc iudicari, sed simpliciter iuberi solui, sive possit abrasio fieri sine laesione prioris status, sive non". Assim, ficou estabelecido que a pretensão ao ressarcimento de despesas era dotada de ação, se não se usou em tempo do direito de retenção (BoacEs CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 228, nota (a); LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 227).

O direito de retenção era em toda a extensão da pretensão de ressarcimento de benfeitorias e gastos. O Código Civil, art. 517, dá ao possuidor de má fé o direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias, portanto a alegá-

lo, como réu, na ação de reivindicação, ou na de indenização, ou propondo ação de ressarcimento; porém nega-lhe o direito de retenção. Pode, contudo, alegar a compensação (art. 518).

5.BENFEITORIAS FEITAS POR ANTECESSOR DO DEMANDADO.

O demandado pode exigir do demandante o abono das benfeitorias e gastos que o seu antecessor *juridico* na pEsse fizera, se algum valor persiste (art. 519). É uma das consequências do art. 496, devendo-se atender, se fôr o caso, ao art. 495. Todavia, pode alguma relação jurídica entre o antecessor e o possuidor atual ter excluido a transferência dêsse direito, pretensão e ação, a despeito da transferência *juri dita* da pEsse *(e. g.,* contratual, MARTIN WOLFF, *Das Recht zuni Resitze,* 19)-A sucessão não-jurídica é irrelevante, na espécie. Se o possuidor imediato se faz possuidor mediato *(e. g.,* aluga o prédio), o direito ao ressarcimento de benfeitorias e gastos não se transfere ao possuidor imediato, mas é de se reconhecer *direito de retenção,* em nome do possuidor mediato (MARflN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27Y-32.~ ed., 292). O art. 518 é invocável, atendendo-se às espécies.

§ 1.580. Valor das benfeitorias

1.VALOR ATUAL E VALOR DE CUSTO. O reivindicante obrigado a indenizar benfeitorias e mais gastos tem opção entre o seu valor atual e o seu custo (art. 519). A regra jurídica foi inspirada em J. VOET *(Commefltartus ad Pandectas,* 1, 387 s.), posta no sistema jurídico luso-brasileiro através de COELHO DA ROCHA *(Instituições, II,*

§ 449, 353) e inserta no Código Civil português, art. 499, § 4.~: "O valor das benfeitorias será calculado pelo custo delas, se êste não exceder o valor do benefício ao tempo da entrega. No caso contrário, não poderá o evicto haver mais do que êsse valor"; e no Código Civil brasileiro, art. 519: "O reivindicante obrigado a indenizar as benfeitorias tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo". O Código Civil não distingue, como o português (o art. 499 só é referente às benfeitorias úteis), para o suporte fáctico do art. 519, benfeitorias necessárias e úteis; nem as distinguia COELHO DA ROCHA. Dir-se-á que a inversão necessária o foi ao tempo em que se fêz, foi, então, preciso fazê-la, e conservou ou resguardou a coisa; se, hoje, o seu valor é ínfimo, houve desembôlso, que se devera ressarcir. Foi êsse argumento que prevaleceu onde quer que se haja estabelecido o reembôlso sem mais haver aumento de valor, ou sendo ínfimo *(e.* g., no direito alemão, se houve a inversão necessária e a casa se incendiou, o autor reivindicante tem de ressarcir os gastos que outrora foram necessários, tenha o possuidor, ou não, pretensão de ressarcimento contra outras pessoas). Em vez disso, no direito brasileiro, se necessária a benfeitoria, ou despesa, a diminuição do valor dela faz nascer ao demandante opção pelo valor atual: se o valor, agora, é nenhum, pode o demandante repelir a pretensão, porque o benefício foi transitório, isto é, enquanto o demandado tinha a pEsse. Tal o fundamento lógico e econômico do art. 519.

2.BOA FÉ E MÁ FÉ. Na indenização, o possuidor de má fé põe-se na posição do gestor de negócios, de modo que os gastos têm de ser conforme a vontade real, ou presumida, do dono: não basta, portanto, a necessidade objetiva, se é de presumir-se, ou é certo que o proprietário, nas circunstâncias do momento, não os faria. Ao possuidor de boa fé, êsse, pois que ignora a relação jurídica em que se acha o proprietário, abona-se todo gasto objetivamente necessário, de acordo, aliás, com o art. 519.

3.BENFEITORIAS ÚTEIS E GASTOS ÚTEISs. Quanto às benfeitorias e

gastos úteis, aumentam êles o valor da coisa, e não se abonam ao possuidor de má fé: fé-los porque os quis fazer, sabendo que não era legitimado a possuir. Abonam-se ao possuidor de boa fé, se, ao tempo do reembôlso, subsiste o aumento de valor; se sé em parte subsiste, cabe ao proprietário escolher entre o valor atual e o custo. O possuidor suporta o risco de ter feito despesas, que, embora úteis, não eram indispensáveis. O fundamento é outro que aquele que se referiu para a incidência do art. 519 em caso de reembôlso de despesas necessárias.

As benfeitorias úteis podem ser levantáveis sem detrimento da coisa. Se, antes da ação, o possuidor de boa fé as levantou, *toltitur quaestio.* Se não as levantou, o proprietário tem *tacultas alternativa (credito-ris)* : ou ressarcir ou sofrer o *jus toliendi* do possuidor de boa fé. Diferente É o que se passa com as benfeitorias voluptuárias: se separáveis sem

dano, o possuidor tem o jus *toilendi;* se o não exerce, o proprietário, que fica com elas, tem de as ressarcir.

4.BENFEITORIAS VOLUPTUÁRIAS. As benfeitorias voluptuárias podem ser levantadas *(jus tollertdi)* pelo possuidor de boa fé, ou, se não no foram, têm de ser ressarcidas, uma vez que o proprietário as quis. O possuidor de má fé não tem, no direito brasileiro, *ius toilendi.*

5.“MORA ACCIPIENDI” DO PROPRIETÁRIO. O art. 519

deixa de incidir, em parte (temporalmente), se há *mora aceipiendi* do proprietário. Assim, se o demandante cai em mora, a opção é entre o custo e o valor *antes* da mora; portanto, o reembôlso é devido tal como o seria a êsse momento, ainda que o valor aumentativo haja, após a mora, desaparecido.

A reembolsabilidade é ao possuidor em nome próprio. Se o possuidor em nome alheio fêz benfeitorias, são elas, no limite em que as podia fazer, imputadas ao de que o possuidor, de que houve a coisa, se pode reembolsar.

§ 1.581. “lua toliendi”

1.CONCEITO DE “IUS TOLLENDI”. O *itts* toueitdi é o direito de retirar a coisa móvel que se uniu a outra, móvel ou imóvel. O direito de retirar, de *toler* (em bom portuguh antigo), é direito pessoal (J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 282; G. PLANa, *Komraentar,* III, 4.a ed., 417; MARnN WOLFF, *Lehrbueh,* III, 2?.a~S2.a ed., 230; sem razão, F. KRETZSCHMÂR. *Sachenrecht,* 231; .F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* ~ ed., 542). O *iu..s totiendi* do que tem a pEsse da coisa em que fêz instalação, que pode retirar, supõe a *pretensão à tolerância* (atenção ao étimo!), de direito das~ obrigações. Têm-no o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o usuário, o titular do direito de habitação, o credor pignoraticio, o fiduciário e o possuidor de boa fé. No direito brasileiro, exclui-se o *ius toltendi* do. possuidor de má‟ fé: se o proprietário lhe permite toler, trata-se de negócio jurídico gratuito ou oneroso, pois o possuidor de má fé não tem direito, sequer, ao ressarcimento das benfeitorias voluptuárias e úteis que subsistam ao tempo da propositura da ação pelo proprietário (a retirada, *antes,* pertence ao mundo fáctico, e só a êle). A regra jurídica, não -escrita, é a seguinte: tem direito de levantar, ou de toler, quem quer que tenha perdido direito real e haja unido à coisa, móvel ou imóvel, alguma coisa móvel, que possa ser retirada, ou o possuidor, qualquer que seja a causa jurídica da pEsse, ou o dono da coisa que outrem uniu, com assentimento do possuIdor, ou do titular de direito real, ou antes da pEsse dêsse, ou daquele, que fôra possuidor ou titular de direito real, se está em circunstâncias fácticas de poder levantar a coisa móvel.

Só há *jus toilendi* se há poder efetivo, fáctico, de levantar a coisa móvel. Quem não pode retirar, ou já não no pode, não tem *jus tollertdi. t* preciso, portanto, não se confundam o *ius toliendi* (Wegnahmerecht) e a *pretensdo a que se tolere a retirada da coisa.* A pretensão à tolerância subsiste quando já o *ius tollendi* se acabou: com a volta da pEsse, o *jus toilendi* de nôvo se liga à pretensão à tolerância. Vulgarmente, os *ju* ristas falam do *ius toliendi* como *prius:* se êle acaba, porque o titular do *ius toliendi* perde a pEsse, também cessa a pretensão a que se tolere a retirada. Ora, êsse raciocinão é falso, porque o é a afirmação de ser *prius* o *ius toliendi:* o *ius tollendi* é *pesterius;* é pretensão à tolerância + ação direta, por ser possuidor de boa fé. Se não é mais possível a ação direta, porque não tem a pEsse ou, pelo menos, o poder fáctico de retirar, o que é titular da pretensão à tolerância, o direito de retirar cessa, mas fica o que antes já era e compunha, como um dos elementos, o *ius toilendi:* a pretensão à tolerância.

2.SE NÃO FOI O DONO DA COISA QUE A UNIU Á OUTRA. Discute-se se o que é dono da coisa,; sem ter sido quem a uniu à outra, pode exercer o *jus toilendi.* A uniu a coisa de B à fazenda de O: A e B têm direito a retirar a coisa, ou só o tem A? Nega a B o *ins toliendi* E. BRODMANN (em G. PLANCK, *Kommentar,* III,

27a~32 a e&, 417), ainda que abrindo exceções; afirma-o, sem outras considerações, MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 230, texto e nota 7). Os escritores alemães não completaram o estudo que o assunto merecia. O *ius toliendi* depende do poder fâctico de retirar; portanto, da pEsse. Mas a pEsse tem de ser de boa fé. Se o que vendeu máquinas, com reserva de dominão, está de pEsse do estabelecimento, com boa fé, claro é que tem como possuidor de boa fé, que é o *jus toltendi* (art. 516) : tem pretensão à tolerância + pEsse de boa fé. Se o que vendeu máquinas, com reserva de dominão, não tem pEsse do estabelecimento, ou não na tem de boa fé, o que se pode discutir é se lhe assiste pretensão à tolerância, e não *ius toliendi.* Pois que é dono das máquinas, tem a pretensão reivindicatória e a pretensão à tolerância, que, *ai,* está contida no direito de propriedade; não tem o *ius toilendi.*

3.PRETENSÃO A TOLER. A pretensão a toler é pessoal; tanto não é real que pode existir a favor de quem não é proprietário da coisa a ser retirada- Se a coisa passou a ser parte integrante essencial de outra, o direito de separar envolve *direito de apropriação;* a retirada faria voltar ao titular de tal direito a propriedade da coisa que se inseriu na outra, e o proprietário reivindicante somente pode excluir o direito de apropriação ressarcindo os gastos do possuidor, pelo valor deles ou pelo valor da parte integrante essencial, *se tivesse sido separada,* à sua escolha (art.

519). (A expressão “toler” é velhíssima na língua.)

4.INTERÉSSE NO TOLER. O *ius toilendi* supõe utilidade para o seu titular. Por isso mesmo, onde a separação deixa de ser útil ao titular do direito, êsse desaparece. Quem rasga o papel da parede, que pusera, não exerce, abusivamente, direito de toler (confusão lamentável em MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 297, com “chicana”); não tem tal direito, ainda que a parede fique intacta. A doutrina de CELSO (L. 38, 1?., *de rez mw Jicatione,* 6, 1) foi excelente: “Edificaste ou plantaste em fundo alheio, que, ignorando que o era, havias comprado (imprudens emeras) e, depois, se reivindica: bom juiz resolverá de diversos modos segundo as pessoas e as causas. Imagina que também o dono tivesse de fazer o mesmo: para recobrar o fundo, devolverá os gastos, até onde se fêz de mais valpr, ou, se mais valor se lhe acrescentou, só o que se gastou. Imagina o pobre que, tendo de entregar (o fundo), haja de se privar de seus lares *(lar-ibus)* e sepulcros dos seus avós: basta que se te permita retirar daquelas coisas *r*

as que possas, desde que não fique mais deteriorado o fundo do que se tivesse sido edificado. Mas 6

6 determinamos que, se o dono está disposto a dar tanto quanto o possuidor há de perceber daquelas 1

0 coisas deixadas, se lhe conceda tal direito *(potestas) : e não se é indulgente com a malfeia,* se (por exemplo) quiseres arrancar o estuque, que puseste, e as pinturas, sem que hajas de conseguir mais do que o que fazes" (neque malitiis indulgendum est, si tecto num puta, quod induxeris, pinturasque conradere velis, nihil laturus nisi ut officias). CELSO fêz a malícia elemento que retira ao suporte fáctico do ato-fato de construir e plantar o que o faria entrar no mundo jurídico, ou nêle permanecer. Arrancar os papéis de parede, como raspar ou remover pintura, não *é abuso do direito,*. é *ato sem qualquer direito.* Pode-se pensar em abuso do direito de toler, mas é outra coisa, como se o que tem instalação, que pode arrancar, a arranca de modo irregular (art. 160, 1, □

2 B parte), causando dano.

5.INDENIZAÇÃO EM CASO DE "1118 TOLLENDI". O pos.suidor tem pretensão à indenização do valor das benfeitorias. Se o proprietário o presta, o *jus toilendi* desaparece. O possuidor de boa fé somente pode recusar a indenização e exercer o seu *iua toliendi,* se se trata de benfeitorias voluptuánias, sepaníveis sem qualquer detrimento para o bem. Quanto às benfeitorias úteis, o possuidor indenizado do valor delas (art. 519) não as pode retirar. O proprietário pode pedir o depósito em consignação, ou propor a ação declaratória do quanto devido, segundo o art. 519.

§ 1.582. "Utilis rei vindicatio"

1."UTILIS REI VINDICATIO" E DIREITO ROMANO. Em direito romano, havia casos em que excepcionalmente se dava ao titular do direito de obrigação a escolha entre cobrar a coisa (ação pessoal) ou pretender a coisa prometida (devida) como jd *sua.* Assim, a mulher, dissolvido o casamento, quanto às coisas alienadas pelo marido de modo ilegítimo (L. 30, C., *de jure dotium,* 5, 12); o pupilo, no tocante àquilo que o tutor adquire com o dinheiro dele (L. 2, D., *quando ex facto tutoria vel curatoris minores agere veZ conveniri possunt,* 26, 9: "Si tutor vel curator pecunia cius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei,

cu!us pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam") - Na L. 2, "vei praedia in nomen suum emerit" e "ad nem vindicandam vel" foram interpolações. Tratava-se de *ius sin guiaria,* de *privilegius persolaae* (R. VON JUERINO, Rei vindicatio utilis, *.Tahrbii-. cher fUi- die Dogmatik,* 1, 175; E- DREY, *Die* utilis actio ad nem vindicandam *des Pfleglings,* 4).

Também os soldados quanto ao que quer que tivesse sido adquirido por outrem com dinheiro deles (L. 8, C., *de rei vindicatione,* 8, 32).

Nota-se que, ou se tratasse de *rei vindicatio utilis,* como pensava B. WINDSCHEW *(Die* Actio, 214 s.), ou de simples carga executiva da ação de condenação (= ação de condenação com carga imediata de executividade, tal como podemos traduzir, em termos de hoje, a teoria de R. voN JUERINO, *Jahrbiicher liii*" *die Dogmatik,* 1, 120), a *utilis rei vindicatio* denuncia a incompleta estruturação romana. À interpretação de B. WINDSCHEID

sucederam a da "propriedade fictícia", que remonta àGlosa e a KrnDEVATEE, a da cessão da *rei vinôsicatio* ao pupilo, ao soldado ou à mulher casada *(quasi cessa rei vindicatio,* A. VON BUCHHOLTZ, *Versuche,* 206; J. A.

Fitrrz, *ErUiuter-ungen,* II, 294; principalmente, H. DERNEURO, *Das Pfartdrecht,* 1, 325 a.; refonçamentos de argumentação em F. SCHULIN, *t7ber .einige Ánwendungsfãlie der* Publiciana in nem actio, 166, que todavia lançou a sua teoria) e a da *Publiciana adio* com a *catio* contra a *exce*"*ptio doMinti* (F. SCHULIN, 160 s.). Segundo a teoria de F. SCHULIN, quando os legitimados (pupilo, muVier, ou soldado) vão contra o adquirente e Orne alega dominão *(exceptio dominji),* o autor lança a *replicatio.* Tal redução da *utiis rei ~vindicatio* à *Publiciana adio* desatende a que em-"prestar-Se àquela qualquer ficção é forçar os textos romanos; e a crítica de E. HUBCHKE

(Das Recht der publieianischen Klage, 83 s.) e de A. BRINZ, que EUGEN DEEY *(Die* utilis actio ad rem vindicandam *des Plieglinga,* 51) reexaminou, foi definitiva.

2.As TEORIAS EM TÔRNO DAS FONTES ROMANAS. A teoria de R. VON JUERING fazia da *rei tdndicatio utili.a* simples "fortalecimento" da ação pessoal, algo entre pedir o adimplemento e reivindicar, algo de

"execução" cumulada à ação condenatúnia. Não seria real a ação, o

que de modo nenhum se ajustaria aos textos *(e.*

g., L. 2, *verbis* "ad rem reivindicandam"9. No entanto, teve a teoria alguns seguidores *(e. g.,* L.JÂCODI, Der Begriff der Bereicherung, *Jahrbiicher fUi- dia Dogmatilc,* IV, 159 e 230; FASTENRATH, *De rei vindicatione utili,* 8-14 e 62; *G.* HARTMANN, *fie Obligation,* 133 s. e 148)..

A teoria da propriedade fictícia (ou dominão fingido) apanhou excertos da Glosa (ACÚRSIO, à L. 7, pr., D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur,* 20, 4; HÁRTOLO DE SAJCOFERRATO, à L. 7: "non est vere pupilli, licet pEsset eam vindicare utili vindicatione").

A teoria de E. ORa. WESTPHAL *(Versuth,* 33 ed., § 100, nota 120) e outros, que parece ter tido raízes em A.

FABER, identificava a *utilis actio ad rem vindicandam* com a ação pignoraticia, mas em verdade não se supunha falência do tutor, ou do marido, ou do adquirente de bem do soldado, nem há por onde se sustentar, com os textos, a identificação. Mostra. ram-no bem SPRENCEL *(Dissertatio de iure pupilli,* 12s. e 28 s.), KARL SELL

(Rãmische Lehre der dinglichen Rechte, 348), EPH. Crnt. VON DABELOW *(Ausfiihrliche ErUiuterung der Lehre vom Conota-se der GWubiger,* 360 sj e A. C. J. SCHMID *(Handbuch,* 273 s.). Aliás, FRANCISco BALDUINO

(De pignoribus et hypothecis, 39) já havia escrito, com toda a previsão de futuras confusões: "Talis certe vindicatio magis dominii quam pignoris ius subesse significat".

A teoria que identificava a ação útil de reivindicação com a ação de separação no concurso de credores, com o pedido de separação ou de restituição concursal, foi inspirada a EPH. Cmi. voN DABELOW *(AusfUhrliche Erlãuterung der Lehre vom Concurse der GUiubiger,* 361) pela leitura da L. 8, C., *de rei vindicatione,* 3, 32, da L.

55, D., *de donationibus inter vium et uxorem,* 24, 1, e da L. 2, D., *quando ex facto tutoris vel curo tons minores agere veZ convenini possuút,* 26, 9. O erro foi semelhante ao da teoria que recorria à identificação com a ação pignoratícia. Seja notado que o autor da teoria ficava perplexo diante da indecisão romana, e perguntava: jporque se havia de dar ação útil se o pupilo adquiria, ao parecer de tantos juristas? Fêz-lhe feição aquele meio termo que seria a ação de separação no concurso (o *Ãbsonderungsantrag),* a ação de restituição em falência (Decreto-lei n.

7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 76-78), para espécies em que não há o dominão.

A teoria da redução da *utilis actio ad rem vindicandam a* espécie de ação dominical cedida *(queM cessa rei vindicatio)*

tinha de supor "cessão legal" ao pupilo, o que de modo nenhum se poderia admitir no direito justinianeu.

Para que se admitisse, como se admitiu, a *utilis adio ad rem vindicandam,* era preciso que o sistema jurídico concebesse

no plano da eficácia como adquirido pelo pupilo o que o tutor ou curador adquirira. A ação era *utilis* porque se procurava, então, êsse resultado. Todavia, a construção da Glosa ou foi um tanto além dos textos, ou aquém deles.

HÁRTOLO DE SAXOFERRATO, à L. 7, pr., contradizia-se com o que escrevera quanto à L. 2: "Tutore emente aliquid de pecunia pupilli efficitur ipsius pupilli", ---- . non est vere pupilli, licet pEsset eam vindicare utili vindicatione". ACÚRSIO, à L. 7, com toda a convicção, lançou :"... sed potest eas eligere,... nec sunt in veritate suae". A construção jurídica era difícil, porque o seria para os próprios juristas romanos. Responder à questão "~

tinha o pupilo a propriedade, ou não?" era tão embaraçante para os contemporâneos quanto para êles. Assim, foi surpreendente a afirmação de OLEARIUS *(Di-ssertatio de rei vindicatione non com petenti alter-i, cuius pecunia res acquisita fuit,* 18): ". - . succedunt pupilli am minorennes quippe qui in re a tutore vel curatore proprio nomine, pupilíari tamen pecunia emta dominão gaudent et per consequens rei vindicationem instituere valent". A concepção da aquisição *ex lege* também está em B. CARPzov *(Jurisprudentia .forensis,* 1, c. XI, def. 21), MtYLLER *(Dissertatio de ne pecunia aliena comparata,* 27 s.) e F.A. MEISSNER *(Vollstdndige Darstetlung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte,* 223). Todavia P.

MÚLLER ainda empregava "rem tanquam suam", se bem que B. CAarzov fôsse incisivo: "Rei a tutore pecunia pupilíari emtae dominium pupillo acquiritur, cui et propterea reivindicatio competit". Também J. L. SCEMIDT

(Rechtliche Abhandlung von Separa tisten, 131) e SPRENGEL *(Dtssertatio de iure pupilli,* lis.), que frisou a diferença da eficácia entre a *Publiciana in rem actio* e a *utilis actio ad nem vindicandam,* que se equipara à *rei vindicatio directa,* pôsto que, adiante, se contradiga: "actio, qua

dominium petitur" (33 e 35).

A pendulação foi devida à obra inacabada do direito romano, à sua maneira de criar direitos sem lhes dar, de um só lance, todo o colorido.

A evolução ter-se-ia de operar através da concepção do patrimonio, em sua consistência contemporânea.

3.As ESPÉCIES DE AQUISIÇÃO COM DINHEIRO ALHEIO E O DIREITO BRASILEIRO. O direito brasileiro superou, com os arts. 56 e 57 do Código Civil, todos os outros sistemas jurídicos, dispensando as teorias de R. voN JEERINO, de B. WINDSCHEID, de F. SCHULIN, da *quasi cessa rei vindicatio,* a identificação da *utilis adio ad rem vindicandam* com a ação de penhor e com o pedido de separação no concurso.

Quanto à restituição do dote, regem os arts. 300-807 (Tomo VIII, § 931, 2, onde se precisa a diferença entre a ação de reivindicação e a ação hipotecária bem como entre aquela e a pessoal de restituição). Se se trata de imóvel e terceiro o adquiriu, por transcrição, o que é difícil ocorrer, não tem cabimento a pretensão reivindicatória, que se extinguiu com o nascimento do dominão de outrem.

Quanto a bens do incapaz que o pai, mãe, tutor ou curador alienou, tem-se de distinguir: *a)* se o pai ou mãe, tutor ou curador, que representa, alienou ilegalmente, o registro foi de negócio jurídico nulo e ineficaz, nulo por infração da lei e ineficaz por se tratar de bem alheio; *b)* se a alienação foi por pai, mãe, tutor ou curador, que apenas teria de - assistir, o negócio jurídico foi ineficaz, pois que se alienou coisa alheia, e o problema há de ser tratado como todos os outros problemas de alienação de coisa alheia~

A questão da ação útil de reivindicação supõe que haja entrado dinheiro ou outro valor para o patrimonão da mulher, ou do incapaz, e o marido, ou o titular do pátrio poder, tutela ou curatela haja, com ele, adquiria o bem. A noção de patrimonão, fortalecida pelos arts. 56 e 57 do Código Civil, obriga-

-nos a que respeitados os princípios que regem a aquisição e a perda da propriedade imobiliária ou mobiliária se tenha como operada, de regra, a sub-rogação real. Assim, se o marido que vendeu, legalmente, imóvel pertencente ao dote da mulher e do dominão dela, em vez de adquirir outro bem, em que se opere a sub-rogação sem óbices, em nome da mulher, o adquire em seu nome, tem-se de perguntar,

primeiro, se terceiro adquiriu, ou não, ao marido Esse bem, pela transcrição. Se terceiro o adquiriu, não há qualquer problema de reivindicação Se ainda não se deu aquisição por terceiro, cumpre distinguirem-se a espécie em que já se operou a transcrição e a espécie em que ainda não se operou a transcrição (= houve o negócio jurídico obrigacional de aquisição e não houve acordo de transmissão, *ou* houve negócio jurídico de aquisição e acordo de transmissão e não houve transcrição) - Se ainda não se fêz a transcrição e já houve, ou não, acordo de transmissão, a ação vai contra o marido, e a mulher ou exige o preço, *que foi desviado de seu patrimonão,* ou o bem. Não há, aí, reivindicação- Se já se transcreveu a aquisição em nome do marido, há a reivindicação, sem as dúvidas que havia em tôrno da construção jurídica do fato correspondente à L. 30, C-, *de iure dotium,* 5, 12: a mulher reivindica, pedindo que se proceda à retificação do registro, mas é aconselhável que inclua, explicitamente (cumulação explícita), o pedido de declaração da propriedade.

Se o pai, tutor ou curador adquire bem, com dinheiro ou valor pertencente ao incapaz, dá-se, aí, a sub-rogação real (arts. 56 e 57). Se, em vez de constar o nome do incapaz, consta o do titular do pátrio poder, tutela ou curatela, também se há de perguntar se alguém adquiriu ao transcribente a propriedade, por transcrição no registro de imóveis. Se tal não ocorreu, há ou a ação do incapaz, ou pessoa que o fôra, para exigir o preço ou o bem adquirido, ou, se o titular do pátrio poder, tutela ou curatela já obteve transcrição em seu nome, a ação de reivindicação, que corresponde à *utilis actio ad nem vinedicandam* da L. 2, D., *quando ex facto tutonis vel curatonis minores agere vei convenini çpossunt,* 26, 9: "Se o tutor ou o curador, havendo dado em mútuo dinheiro daquele cujos negócios administra, houver estipulado ou comprado prédios em seu próprio nome, dá-se àquele de quem foi o dinheiro a ação útil, para reivindicar a coisa ou para exigir o dinheiro emprestado". No sistema jurídico brasileiro, a coisa que se tira de qualquer patrimonão é sub-rogada pelo que se adquiriu com seu valor, e vice-

-versa (art. 56). Estudamo-lo nos Tomos II, § 157, V, § 602, 2, 3, 4 e 8, e XII, § 1.287.

A inadmissibilidade da extensão de eficácia contra o terceiro, que adquiriu a propriedade, é conseqUência do principio de não poderem ter dominão exclusivo sôbre a mesma coisa duas pessoas. A discussão do direito comum quanto a não ser dirigível contra o terceiro que sucedeu singularmente (E. DERNEURO, *Das Ffandrecht,* 1, 326), ou poder ir contra êle (FÂSTENRATII, *De rei virulicatione utili,* 12; F. SCHULIN, *t7ber einige Ãnwendungsfdlle der* Publiciana in rem actio, 174

s.) está, no direito brasileiro, superada. O óbice é objetivo: se houve, ou não, aquisição por terceiro.

AÇÃO NEGATÓRIA

§ 1.583. Pretensão e ação negatórias

1.OFENSA SEM RETIRADA DA PESSE. A propriedade pode ser ofendida, sem que a ofensa tire ao proprietário a pEsse. A pretensão e a ação, que lhe correspondem, independente de ser possuidor, ou não, o proprietário. Não importa se o ofensor invoca, ou não, direito à turbação; ou se tem, ou não, culpa. Quem está

"certo" de que a propriedade é sua e a danifica, ou turba o exercício da propriedade, pode ser demandado pelo proprietário. O direito romano somente conhecia a *actio negatona* contra as servidões, exercida pelo dono *(vii negat,* e algumas espécies esporádicas de turbação. O direito comum estendeu-a, de modo que se abstraiu da alegação de direito real ou pessoal pelo demandado. Ainda se apegava à L. 2, pr., D., *si servitus vindicetur vel ad ajium pertinente negetur,* 8, 5, no direito anterior, CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* § 117, 146 s.), na esteira de GREGÓRIO CAMINHA *(Forma dos Libelos,* an. III, nota 3, 14)- A evolução já se operava no direito luso-brasileiro (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado das Águas,* 138; LAFAIETE RODRIGUES

PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 231, texto e nota 7).

A *actio negatoria* era limitada às servidões e ao usufruto (CE. A. HESSE, LHe Negatorienklage, *Jahrbiichen flir die Dogmatik,* VIII, 82 s., e E. DERNEURG, *Pandekten,* 1, § 256; sem razão, B. WINDSCHEID, *Lehnbuch,* 1, §

198, nota 8), ou, pelo menos, assim foi no princípio. No direito comum, deu-se a generalização a quaisquer direitos reais, inclusive entre condôminos, o que era controverso no direito romano (MARCELO, L. 11, D., *si senvitus vindicetur,* 8, 5, afirmava-o, contra outros

juristas, cf. L. 26, D., *de servituti&us pnaediorum urbanorum,* 8, 2, fragmento de PAULO, e L. 4, D., *de servitute legata,* 33, 3, que é

fragmento de JAVOLENO). Nega O. LENEL *(Das*

Edictum perpetuum, 3.a ed., 193) que a *actio negatonia, à* diferença da *rei vindicatio,* contivesse a cláusula de restituição.

2.PRESSUPOSTO NEGATIVO DA AÇÃO NEGATÓRIA. E pressuposto negativo da ação negatória que a ofensa não seja à pEsse (ou não seja só à pEsse). Se o é, e se alega, a pretensão e a ação ou são reivindicatórias ou pEssessórias. Ao lado dêsse pressuposto negativo, que faz a pretensão negatória ser complementar das pretensões reivindicatória e pEssessória, está o pressuposto positivo de ferir o demandado o conteúdo do direito de propriedade, sendo duradoura a ofensa, ou, se passageira, de natureza a temer-se ulterior turbação. A pretensão negatória tem por fito, ali, eliminar a ofensa e, aqui, a abstenção de ulteriores turbações. Os gastos da eliminação são a cargo do demandado, ainda que não tenha tido culpa (a ação negatória nada tem com a culpa do demandado).

Tem-se falado em "indenização"; mas a ação negatória não é ação de indenização: a eliminação da ofensa é pelo demandado, porque turbou; não se trata de reparar, mas de repor, eliminar, restaurar. Se a destruição é ineliminável, ou se é irreparável em natureza o dano, então se exige o equivalente (R. SCHMIDT, *Der negatonische Beseitigungsanspruch,* 41 s.) - O demandado não pode preferir indenizar pecuniàriamente a reparar, restaurar, eliminar a ofensa; se é impossível, então se entende pedida, se não se pediu, a reparação pecuniária do prejuízo ou da destruição. Aliás, na ofensa à pEsse dá,se o mesmo: a pretensão e a ação só se dirigem à restauraçã~

ou à omissão de ofensa futura.

A simples possibilidade de ofensa não basta à ação negatória de afastamento futuro ou abstencivo (ou por turbação). É preciso o temor de ulteriores ofensas. A sentença contém cominação, em vez de ser aplicativa da cominação, como acontece com a *ação de preceito cominatório* (Código de Processo Civil, art. 302, especialmente VII-IX e XII). Às pretensões do art. 302, VII-IX, do Código de Processo Civil, se há o temor de ulteriores ofensas, também correspondem ações negatória.

A ação negatória, ação de afastamento abstencivo ou de eliminação, pode, em certas circunstâncias, tender à entrega de coisas, *e. g.,* frutos. Se, porém, se invoca princípio sôbre enriquecimento injustificado, ou sôbre ofensa culposa à propriedade, não se pode pensar em

reivindicação, nem em negatória; portanto, os arts. 510-513 não incidem, nem as regras jurídicas sôbre perdas e danos em caso de inexecução de obrigações.

Para a ação de afastamento abstencivo é de mister que se tema ulterior ofensa; portanto: que algo tenha ocorrido, mas pode dar-se que a ofensa mesma *ainda* seja apenas de temer-se (K. HELLwIG, *Anspruch und Klagrecht,* 389

s., H. JACOESoHN, *Die Unterlassungsklage,* 49; sem razão J. BIERMANN, *Sachenrec.1d,* 298, e G. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4.~ ed., 520): o que é pressuposto é a ameaça, e não a ofensa.

A p *rrogação pura de direito* e a *negação de direito do proprietário* não são elementos necessários, nem bastam para a ação negatória *(3.* BIERMANN, .*Sachenrecht,* 295; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 4.~ ed., 521). Se há a atitude afirmativa, ou negativa, de alguém, que ilida o direito do proprietário, o caso é de *pretensão* e *ação declaratórias,* negativas, ou positivas, no que se diferença dos direitos de personalidade o direito de propriedade.

Se o demandado lança mão de registro retificável, a ação a propor-se é a *ação de retificação do registro.* Com a ação de retificação é cumulável a ação de preceitação (Código de Processo Civil, art. 302, XII).

3.DANO Á PROPRIEDADE NÃO É PRESSUPOSTO. Não é preciso para a pretensão e a ação negatórias que haja dano (O. WARNEYER, *Komrnentan,* II, 212), como é prescindível o ter havido culpa A ofensa há de partir do demandado, ainda que mediatamente. O que não reparou, do seu lado, a muralha e, por isso, ao virem as chuvas, terras da sua propriedade invadiram as do demandante, ofende e dá ensejo à pretensão e à. ação negatórias.

Por exemplo: se os estragos no muro, ignorados por êle, foram feitos pelo locatário, ou por terceiro.

Quem *mantém* situação contrária a direito é legitimado passivo, na pretensão e na ação negatórias É preciso, porém, que a situação seja estabelecida como exercício irregular de propriedade para que o proprietário de agora fique na posição passiva do proprietário anterior. Se C compra a B o prédio cuja parede entre, por ato de B, no terreno vizinho, pertencente a A, C é acionável; se, porém, B construiu cisterna no terreno de A, de modo que O

não a utiliza nem utiliza parte do terreno, O não é ofensor.

fl possível cumularemse a ação de indenização e a negatória, porém não usar-se a negatória como ação de indenização (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 214).

4.DIREITOS DE VIZINHANÇA E AÇÃO NEGATÓRIA. Os direitos de vizinhança são tutelados pela pretensão e ação negatórias (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 212). Também o é a propriedade literária, artística, científica e industrial. Os outros direitos absolutos têm, pelo menos, proteção semelhante a da propriedade 5.LIMITAÇÕES AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E ÀÇÃO NEGATÓRIA. Se o demandado tem direito ao ato de incursão, seja de direito público, ou privado, real, ou pessoal, como o de passagem pela loja, concedido pelo proprietário atual (autor), sem contrato de servidão, o suporte fáctico é insuficiente para o fato ilícito da ofensa. Assim, se A vende o prédio a B e o entrega antes da transcrição, o direito que B deu a O de passar por suas terras é pessoal e pode ser oposto a B e a A (MARTIN WOLPF, *Das Recht zum Resitze,* 28 s.; TH. Kírp, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 9.~ ed., 1015). Alguns juristas pensavam que a alegação do demandado quanto a ter direito, perante o demandante, ao ato, positivo ou negativo, fosse *exceção (G.*

PLANCK, *Kammentar* III, 4.~ ed., 524; K. ROBER, em *J. v. Staudingers Xommentar,* III, 508; FR. LEONHARD, *fie Reweislast,* 415). Sem razão, conforme a doutrina dominante (J. BIERMANN, 299; E. KRETZSCHMAR, *Sachenrecht,* 286; E. MAENNER, *Sachenrecht* 248; A. RAPPAPORT, *Einrede ates dem fremden Rechtsverhaltnúse* 202; O. WARNEYER, *Kamment ar,* II, 204). O dever de tolerância pode provir da lei *(e. g.,* art.

160, II) ou de negócio jurídico. Se o anterior proprietário foi quem outorgou a entrada ou incursão, o atual só é adstrito à outorga, segundo os princípios que regem o direito das coisas, especialmente o direito registário.

No sistema jurídico brasileiro, o partir de instituição de direito público a ofensa não pré-exclui a pretensão e a ação negatórias.

§ 1.584. Legitimação o ativa e passiva

1.LEGITIMAÇÃO ATIVA. A pretensão e a ação negatórias competem ao proprietário, inclusive ao condômino e ao comuneiro *pra diviso,* aquele quanto à sua parte indivisa e êsse quanto ao diviso e às partes comuns. Se a propriedade passa a outrem, o sucessor é legitimado na

ação proposta ou em andamento.

A ação negatória, que era limitada às turbações que implicassem em afirmação de servidão, foi, por obra dos glosa-dores, estendida como era lógico a quaisquer usurpações que correspondam a exercício de algum direito real; em caso de simples afirmação de direito real, confundir-se..ia com a ação declaratória negativa. De regra, cumula-se-lhe a de condenação a perdas e danos, o que faz a negatória tornar-se questão prévia de ação condenatória. Mas, ainda se cumulação não houve, a ação negatória é de forte dose condenatória.

Hoje, legitimado ativo é qualquer titular de direito real, e não só o titular do dominio. São de repelir-se atitudes doutrinarias que excluem a titulares de direito real e incluem o locatário, se há dano (DOMENICO Bàzano, *La Legittimagiorge ad agire in confessaria e negatoria,* 77s.). A ação é derivada do direito de propriedade, em sentido largo, e não de posse, ou de direito a possuir, ou de delito. Têm-na o proprietário, o enfiteuta, os titulares de direitos reais limitados, não se excluindo o usufrutuário, que tem a *vindicatio uautnwtus* e, pois, em caso de turbação, a negatória. Tem-na o marido, quanto aos bens dotais. Não na tem o possuidor, por se tratar de ação em que se afirma direito real, *atricto sensu* e se nega o de outrem.

2.LEGITIMAÇÃO PASSIVA. A pretensão e a ação dirigem-se ao ofensor, inclusive o dono de imóvel, que, no exercício do seu direito de propriedade, faz aquilo de que se devia abster, ou se abstém do que devia fazer, respeito a outro imóvel. Se ao tempo da citação não mais é proprietário do imóvel, de que proveio a ofensa, contra êle não cabe a ação negatória por ofensa feita, nem a ação negatória de afastamento, e sim, ocorrendo os pressupostos, a de indenização segundo o art. 159.

1 1.585. Fôrça e eficácia da ação negatória 1.AçÃo NEGATÓRIA E AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA. A fôrça da sentença, na ação declaratória negativa como na ação declaratória positiva, é somente *declarativa.* Daí haver o art. 290 do Código de Processo Civil. A fôrça da sentença, na ação negatória, supõe ofensa sem ser à posse, e não lhe basta a simples atitude negativa, ou afirmativa, que importe em negação. O pina distingue-a da 2.

Ação NEGATÓRIA E CONDENATORIEDADE. O direito brasileiro nia tornou o conteúdo da açfto negatória diminuivel até se reduzir ao de pura ação declaratória, o que ocorreu noutros sistemas jurídicos *(e.* g.,

no Código Civil italiano, art. 949; cf. S. PUGLIATTX, *lstituzioni,* V, 250). Mantemos as duas ações, com os respectivos conteúdos. Por outro lado, identificar a ação negatória com as demais ações candenatórias, a ponto de ser reduzida à aç~o de indenização, como pretende D. BARBERO *(La Legittimazione ad agire in confessaria,* 71 s.), seria errôneo; pois a condenação nos danos é conseqUência da carga de eficácia imediata (* * * ~) de executividade, urna vez que a condenação é *do* ato *ofensivo,* porém houve a cumulação da ação de indenização, que é outra ação, com prazo próprio de prescrição. Há algo de peculiar, que a distingue das outras ações condenatárias e das executivas: é condenatória com a carga de executividade, em vez de o ser com a carga poder ter executividade ~

sem ser, portanto, executiva. Por isso mesmo pode não conter condenação ao ressarcimento do dano, sem deixar de ter mandamentaildade no que concerne à ofensa mesma. A turbação tem de cessar; o mais é elemento acidental, que cabe na condenatoriedade e na executividade.

A tentativa de redução da ação negatória a duas espécies, usadas, ora uma ora outra, é tentativa de apagar a herança romana, estendida pela Glosa, e mal disfarça o propósito de eliminá-la: a ação seria declaratória, quando só se destina a decidir-se sôbre a inexistência do direito negado; condenatória, quando cogita de dano. Com isso, estaria elidida, e não explicada ou classificada a ação negatória. Tão-pouco é de acolher-se que a ação negatória seja, em todos os casos, declaratária, e o ressarcimento do dano resulte, imediatamente, da declaração. Não se ressarce somente por se declarar. Indenizar é termo dos séculos XVII e XVIII: é contraprestar pelo dano; tirar o dano; tornar indene, sem dano. Não se indeniza sem operação adequada, que repare, que faça voltar a estado de indenidade, a ser indene. A condenação *(cum, damnun) é* essa operação de fazer corresponder ao dano, que se fêz ao bem, o dano, que se presta (diz-se, por isso "prestar perdas e danos", sentido que é o que se usa nas XII Tábuas). Ninguém pode indenizar somente declarando. Tem de declarar e condenar. A carga de condenatoriedade que tem a negatória é meliminável. Demais, o autor tem de alegar e provar a ofensa e alegar o não-direito do réu à inclusão na esfera juridica de proprietário, sem precisar dar prova de possuir a coisa. O que lhe tem de alegar, e provar, é que o réu ofendeu ou ofende, e não que o réu não tem direito: o ônus da prova, que incumbe ao autor, concerne à negação, mas para isso tem de alegar e provar que é proprietário, invocando o art. 859, ou outra regra jurídica. Ao réu provar que não praticou nem pratica ato contrário a direito do autor, ou negar o próprio direito do autor. Dir-se-á que a ação negatória, tal como a tem o direito

brasileiro, conserva resíduos romanos que não mais se justificam. A ação declaratória negativa bastaria a quem tivesse de negar direito real sôbre o bem, ônus ou limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Basta atentar na carga de condenatoriedade, que há na ação negatória, para se ver que tais argumentos são improcedentes, e a carga de executividade, que a distingue dentre as ações condenatórias, acentua-lhe a especificidade. A condenação não é, sempre, a indenizar; é condenação a não mais ofender, ou a não mais ofender e a indenizar. A presunção de não ter gravame ou ônus a propriedade exerce papel de relêvo na ação negatória. O ato, que se aponta como ofensivo, presume-se ofensa, e não exercício de direito. De certo modo o autor dá, provando ser proprietário, ao réu o ônus de provar as limitações e as restrições ao conteúdo do direito de propriedade.

(A afirmação anterior, no § 1.584, 1, de que não tem ação negatória o possuidor, atende, certamente, às fontes históricas da *acUo negatoria,* estabeleõida no plano da eficácia dos direitos, portanto em pleno mundo jurídico, sem qualquer ligação àinterditabilidade dos atos ofensivos às situações fácticas. Porém, se nos puséssemos no terreno puramente principiológico, apriorístico, e quiséssemos conceber a ação negatória, a propósito de posse, seria absurda a concepção, porque exatamente no que se parece com as ações possessórias ela supõe não se tratar de ofensa à posse. Criou-a o edicto do Pretor sem que estivesse em causa turbação ou esbulho da posse, mas outra turbação ou ofensa à propriedade, que não fôsse à posse, ainda quando proibitória a fórmula.

Quando se propõe a ação declaratória da posse, o interesse na declaração e o ingresso em juízo determinam, segundo os princípios que foram expostos no Tomo X, a entrada da posse no mundo jurídico, podendo o juiz declarar a relação jurídica de posse, positiva ou negativamente (cf. L. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, **5**~a* ed., 870; A. SCHÓNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts,* 73 ed., 171; ARTHUR

NIKISCH, *Zivilprozessrecht,* 23 ed., 152). Quanto à ofensa àposse e à pretensão que ela gera, o sistema jurídico protege os possuidores com remédios especiais, que correspondem a ações executivas ou proibitórias, de eficácia, portanto, que a ação negatória não teria.)

§ 1.586. Execução da sentença negatória

1. INCIDENTES PROCESSUAIS. Durante a ação negatória, não se tomam medidas, salvo em ação incidental.

As medidas próprias somente podem ser decretadas na sentença. A ação negatória não se confunde com a ação de preceito cominatório, que começa com a cominação.

A ação tem por fim, a propósito de ofensa ao direito de propriedade, declarar que o direito de propriedade não permite o ato, positivo ou negativo, do réu, e condená-lo. No direito romano, ç réu teria, perdendo, de ser constrangido **à** *cautio de non tu~bando* (LÃ. 12, D., *si servitus vindicetur,* 8, 5, *verbis* Ã‟iudiciis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat‟Y1. No direito contemporâneo, especialmente no brasileiro, não se precisa, de regra, exigir caução *de non turbarido,*

basta a cominação sentencial. Se o réu transgride a preceitação judicial, sofre as conseqUências de seu ato, sem que a alusão ao quanto afaste a responsabilidade pelo dano que cause, segundo os princípios da ação de reivindicação (L. 4, § 2, D., *si servitus virtdicetur,* 8, 5). Se o autor pede a caução *damni infecti,* porque acha prudente e cabe na espécie ou ***iii. casu,*** defere-se, pendente a lide, ou depois, mas tal caução somente era de ordinária utilidade em direito comum, por se não ter desenvolvido, suficientemente, a função mesma da adio *negatoria* (H. BURCKHÂRD, em CHR. FR. VON GLÍJCK, *Ausfiihrliche Erlàuterungen,* Tomo II da Série dos Livros 39 e 40, 273 s.).

2. DIREITO PROCESSUAL. A sentença negatória executa-se *nos próprios autos,* de acêrdo com as regras jurídicas dos arts. 998-1.005 e 1.007 do Código de Processo Civil (é difícil ter-se de invocar o art. 1.006, porém não impossível; como se a ofensa consistisse em dizer-se o ofensor comuneiro e ter impedido pagamento de impostos), sem nova citação. Se houve condenação à entrega de coisa certa, ou em espécie, regem os arts. 902-907. A ação negatória tem, portanto, carga *mediata* de executividade. É ação de condenação, com efeito mediato executivo. Na ordinariedade dos casos, entenda-se.

Para a ação de afastamento abstenciva, os arts. 998-1.005 do Código de Processo Civil são de invocar-se, sem ser preciso nova citação.

3.DIFERENÇA DE CARGA EXECUTIVA. A ação negatória não pode ser apenas para declaração da liberdade da propriedade (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 299) seria transformá-la em declaratória pura. Pode ser cumulada com a declaratória (O. WARNEYER, *Xommentar,* II, 215);

mas a eficácia da sentença, nessa parte, é apenas a do art. 290 do Código de Processo Civil.

Nada impede que se cumule com a ação negatória alguma outra ação condenatória, uma vez que possa ser invocado o art. 155 (inclusive na espécie do parágrafo único) do Código de Processo Civil.

PRETENSÕES E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

§ **1.587.** Pretenções pertencentes ao conteúdo do direito de propriedade 1.LIMITAÇÃO Ao CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E INDENIZAÇÃO. Quando a lei limita o conteúdo do direito de propriedade e dá pretensão à indenização àquele cujo direito de propriedade ela limita, tal indenização é sem que se suponha qualquer *contrariedade a direito* e, pois, *ilicitude.* Tais indenizações pelo lícito ou são de direito público ou de direito privado. Estudamos essas no Tomo XIII. Não há pensar-se em qualquer apuração de culpa. As pretensões à indenização por limitação ao conteúdo do direito de propriedade são, por sua vez, pertencentes ao conteúdo do direito de propriedade de quem é o titular do direito de propriedade cujo conteúdo foi limitado. Onde a lei cria dever de tolerância, de regra atribui ao que o tem pretensão à indenização pecuniária.

2.REGRA DE MÉTODO. Sempre que se pede indenização, tratando-se de indenização a proprietário, tem-se da indagar, primeiro, qual o suporte fáctico da regra jurídica de que resulta o fato jurídico determinador da indenização, para se saber se lá há de estar, ou se pode lá não estar, o elemento "culpa". De ordinário, só se exige conter tal elemento se se pede indenização com fundamento no art. 159 ou nos arts. 865, alínea 23, 866, 867, 869

(ex argumento) e 872, 870, 873 (art. 517), 876, 879, 880, 881, 882 e 883, 886, 887, 895, 902, 908 e 909, e arts.

1.519 e 1.520, parágrafo único.

3.PRESCRIÇÃO ORDINÁRIA E ESPECIAL. Diz o art. 178, § 10, IX, que prescreve em cinco anos a ação por ofensa ou dano causado ao direito de propriedade, contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa, ou dano. No art. 177 (Lei n. 2.487, de 7 de março de 1955, art. 1.0), disse-se que prescrevem, ordinàriamente, em vinte anos, as ações pessoais, e as reais em dez, entre presentes, e em quinze, entre ausentes, contados da data em que poderiam ter sido propostas. Não

cabem no art. 178, § 10, IX, as pretensões possessórias, sejam por esbulho sejam por turbação, nem as pretensões por simples negação do direito de propriedade. O art. 178, § 10, IX, somente concerne às "ofensas~~ a *coisa* e ao "dano" ~que foi causado por limitação, de direito público ou de direito privado, ao conteúdo do direito de propriedade *(e.* o., arts. 560, 561, 564, 567, 570, 580-586, 587, 588, §

4□O, 2.~ parte, 618 e 614, 615, § 2.0, 627 e 628), inclusive por interdição de prédio, feita a distinção a que nos referimos no Tomo VI, § 715, 2.

A ação negatória, que é ação do proprietário, supõe a inquietação, sem que se exija ter havido culpa ou ofensa à coisa, ou dano. Inquieta, suscitando a pretensão e a ação negatórias, quem cava, sem qualquer culpa, crendo estar dentro dos limites do seu terreno, e o faz no terreno do vizinho, que não sofreu dano algum co m isso e talvez se lhe haja valorizado o terreno com o fôsso que foi feito. Com ela, só se tem por fito eliminar a inquietação e impor-se a omissão de inquietações futuras. A prescrição rege-se pelo art. 177 (Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0), e não pelo art. 178, § 10, IX. A ação de indenização contra o inquietador culpável (se não é inquietador da posse, entenda-se) rege-se pelo art. 178, § 10, IX. No caso de reivindicação, se o réu não pode restituir a coisa, ou entregá-la ao autor, porque pereceu, incide o art. 515, ou o art. 514. A indenização que o réu tem de pagar é por impossibilitação do cumprimento da pretensão de entrega (E. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz,* 277). O art. 177 é que incide, e não o art. 178, § 10, IX. Não se trata de invocação do art. 159 ou de algumas das regras jurídicas sôbre limitação ao conteúdo do direito de propriedade.

A indenização que o dono da coisa, na espécie do art. 160, II, se não foi culpado do perigo, pode haver pelo dano que sofreu, não é indenização por ato ilícito, se bem que, heterotopicamente, se haja inserto no Título VII do Livro III, ao se tratar das obrigações por atos ilícitos, o art. 1.519: "Se o dono da coisa, no caso do art. 160, n. II, não fôr culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu". Se houve culpa de terceiro, quanto ao perigo, cometeu êle ato ilícito e a indenização é pelo ilícito, cabendo, em primeiro plano, ao dono da coisa (art.

159). O art. 1.520 atribui ao que causou o dano permitido, ressarcível conforme o art. 1.519, ação regressiva contra o culpado pelo perigo. Os prazos prescripcionais são os mesmos, porque ou há ofensa, conforme o art. 159, à coisa, ou dano, segundo o conceito do art. 178, § 10, IX, produzido pela incursão lícita. Se o que causou o perigo não

o fêz com culpa, mas por entender que era seu o terreno e, com isso, inquietou a propriedade alheia, o que daria a ação negatória, não prescreve a pretensão no prazo do art. 178, § 10, IX, mas sim no prazo do art. 177; pôsto que a ação de indenização prescreva no prazo do art. 178, § 10, IX.

§ 1.588- Ação de indenização contra o possuidor

1.ATO ILÍCITO E DIREITO DE PROPRIEDADE. A *violação da propriedade* entra no mundo jurídico como ilícito absoluto, se provém de *dolo* ou *culpa.* Todavia, se o que violou a propriedade se acha na posse da coisa, é preciso atender-se a que o possuidor somente responde segundo o art. 159 se o ilícito está na própria tomada de posse. Fora dai, o possuidor de boa fé responde segundo o art. 514 e o de má fé segundo o art. 515. Assim: pré-

exclui-se a contrariedade a direito e, pois, a ilicitude dos atos do possuidor de boa fé que não caibam no art. 514, pois o possuidor de boa fé, com tais atos, *quasi rem suam neglexit.* A respeito da perda e deterioração da coisa, o possuidor de boa fé tem a responsabilidade do art. 514, *ex argumento,* e o de má fé, a do art. 515, que prescinde da culpa e a que basta o caso fortuito, salvo se, estando a coisa com o reivindicante, não a teria alcançado o caso .

Para a ação de indenização não é preciso que o demandado seja possuidor ao tempo da propositura.

A indenização ao proprietário pode ser *em vez* da coisa, ou *além* da entrega da coisa.

2.REIVINDICAÇÃO E INDENIZAÇÃO. A reivindicação dirige-se à entrega da coisa, *cum omiti causa,* isto é, com os proveitos e a reparação dos danos. A ação de indenização, que ai se cumula à de reivindicação, pode ser proposta separadamente, e tem de ser prêviamente discutida, se se suscita, a questão da propriedade.

§ 1.589. Posse de boa fé e posse de má fé

1.POSSE E PROPRIEDADE. A boa fé pode ter existido desde a aquisição, ou sobrevir. Se existir desde todo começo, qualquer consequência da má fé somente pode advir quando cesse a boa fé. Se, em vez disso, a má fé foi inicial, isto é, Simultânea ou anterior à

aquisição, permanece, salvo se há fato nôvo que crie a boa fé.

Até a cessação da boa fé, o possuidor somente responde pela culpa (art. 514: "não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa~~ art. 510: "tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos"; art.

516: "tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis", etc.). Não se trata de responsabilidade por ato ilícito absoluto: o possuidor de boa fé, ainda quando destrói a coisa, ou a consome, não pratica ato *contrário a direito;* apenas ocorre impossibilidade de cumprir a pretensão reivindicatória (F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz,* 259; R. SCHMIDT, *Die Gesetzeskonkurrenz,* 259).

2. MÁ FÈDO POSSUIDOR. É de má fé o possuidor, se conhece, ou, por negligência grave, desconhece que, frente ao proprietário, não é legitimado a possuir como possui. *(a)* As expressões "como possui", acrescentamo-las, porque pode não estar de boa fé o locatário do edifício urbano, que, em vez de possuir como urbano, possui como lócatário de prédio rústico. A legitimação é quanto a ter direito de posse, e não quanto a ter pretensão possessória: basta aquele, com a posse, se aquela não existia; e não basta essa, se a posse não existe. (ti) Não éde negar-se a boa fé, se o possuidor se crê legitimado perante terceiro e o sabe, ou devia sabê-lo, e ignorava que também não no era perante o proprietário, ou podia ignorá-lo **(G.** PLANCK, *Kommentar.* ~ „lA ed., 495). Toda infração de lei cogente exclui a aquisição, porque, sabendo-o, ou devendo sabê-lo, é de má fé o possuidor. Se o possuidor imediato sabe, ou devia saber, que o possuidor mediato, de quem houve a posse, não é legitimado, adquiriu com má fé, ou tornou-se de má fé *(J.* BIERMANN, *Sachenrecht,* 276; 1(. **MAENNER,** *Sachenrecht,* 230). À aquisição da posse, para que se caraterize a má fé, não basta que a coisa tenha passado ao poder da pessoa, sem que ela o saiba (O. WARNnmI, *Kommentar,* II, 201).

Ao demandante incumbe alegar e provar a má fé do demandado *(J.* BIERMANN, *Saehenreckt,* 277).

Em caso de ser impossível a entrega da coisa, a ação de indenização pode exercer-se sôbre o equivalente; mas o ter vendido a coisa não impossibilita a entrega, se ainda não se transferiu a propriedade: é preciso que o demandado alegue e prove que não tem ação de restituição da coisa. Conforme se viu, sob o nome de "ação de indenização", de muitas e diferentes ações cogita o sistema jurídico. Não é o mesmo indenizar o dano que o tiro causou às vidraças, ou que

A fêz ao cavalo de B, jogando-lhe pedra, e o indênizar A, dono do prédio, a B, seu vizinho, por precisar de passar pelo prédio dêsse (art. 560), ainda que tenha perdido, por ato próprio, a passagem por outro lugar (art. 561). As ações ai chamadas de indenização merecem o nome, que se lhes dá, mas os pressupostos são diferentes e diferente o critério pelo qual se determina a indenização. A classificação mais vasta **é** a das ações indenizatórias em ações de indenização por ato jurídico ilícito, ditas ações de indenização por ato ilícito, ações de indenização por ato jurídico licito, e ações de indenização por fato jurídico puro ou por ato-fato.

A ação de indenização por ato ilícito pode ser por ofensa à *pessoa,* ou a *coisa,* ou a direito. Direito de propriedade, no art. 141, § 16, da Constituição de 1946, é qualquer direito patrimonial. Não é êsse o conceito de propriedade no direito das coisas, nem o que aparece no art. 178, § 10, IX, do Código Civil. A ofensa à coisa ou o dano ao conteúdo do direito de propriedade gera ações de indenização, que não prescrevem no mesmo prazo que as ações de indenização que têm outro fundamento.

Uma das conseqUências do que dissemos está em que contra o Estado há ação de indenização, fundada no art.

141, § 16, da Constituição de 1946, combinado com o art. 194, ainda que não tenha havido qualquer culpa do órgão estatal, e ainda que não se trate de propriedade no sentido estrito e próprio do direito das coisas.

CAPITULO VI

RESTRIÇÕES DE PODER

§ 1.590. Limtações de poder e restrições de poder

1.BENS IMÓVEIS E RESTRIÇÕES DE PODER. Há limitação de poder quando algum bem não tem certo elemento do conteúdo do direito de propriedade, no tocante a poder, em virtude da simples incidência de regra juridica. Restrição de poder ocorre se tal eliminação do poder é negocial (Tornos V, §§ 566, 1, e 589, VI, § 658, XI, §§ 1.163, 1.164, 1.215, 1.222 e 1.223, e XII, §§ 1.282, 1, 9, 10, 1.383, 1.387, 3, e

1.391, 3). A limitação do poder opera *erga omites;* a restrição, para ter eficácia contra todos, precisa de constar do registro de imóveis, salvo se incide em virtude do art. 1.572.

2.NULIDADE. Se há limitação de poder ou restrição de poder, registável e registada, a alienação com infração da limitação ou da restrição é ineficaz (Tornos II, § 152, 2, IV, § 390,

5, e V, §§ 589 e 590).

§ 1.591. Cláusulas de inalienabilidade, Incomunicabilidadee impenhorabilidade 1.PODER DE ALIENAR. As três cláusulas concernentes à inalienabilidade, à incomunicabilidade e à impenhorabilidade são relativas ao poder de dispor: alienar é ato divestitivo, que supõe, da parte do proprietário, negócio jurídico entre vivos, pelo qual transfira, mas ai alienar contêm, por igual, o negócio jurídico unilateral da renúncia e o proprio ato-fato jurídico do abandono (art. 589, III; Tomo V, § 512, 1). A tabela que vem ao fim do §

159, no Tomo II, merece ser meditada.

A limitação do poder de alienar pode abranger a disposição em caso de morte; então, há implícita causa de perda da propriedade, com resilição, ou seja para se devolver ao Estado, ou para se tornar *res nuiltus,* ou seja para que a outrem passe a propriedade (propriedade resolúvel).

A restrição ao poder de alienar só atinge a transmissão entre vivos; de modo que se precisaria de outra cláusula, das que a lei permite, para que o titular atual do direito de propriedade dele não pudesse dispor. Quando o legado ou a herança é inalienável, ou quando é inalienável o bem doado, não se tira ao adquirente o poder de dispor testamentàriamente. A constituição de fideicomisso seria outro negócio jurídico, ao lado da clausulação pelo autor da herança.

A cláusula de incomunicabilidade é espécie de cláusula de inalienabilidade apenas se pré-exclui a comunhão legal (dispositivamente) ou pactuada expressamente. Quem sofre comunicação sofre alienação, e perde metade *pro indiviso* do bem.

A cláusula de impenhorabiidade é cláusula de inalienabilidade por execução forçada: pré-exclui-se que o Estado possa retirar do

patrimonio de A o bem que nêle se acha, clausulado, para *executar* a pretensão de E, credor de A.

~ 1.592. Bem de família

1. CONCEITO. Bem de família é o prédio destinado a domicílio, a que a lei confere a isenção de execução por dividas, exceto a de impostos sôbre o mesmo prédio (Código Civil, art. 70). A isenção dura enquanto vivem os cônjuges e até que os filhos completem a maioridade (art. ~o, parágrafo unico). Para a instituição de bem de família é preciso que o instituidor ou os instituidores não tenham dívidas, cujo pagamento possa por êle ser prejudicado (art. 71). No parágrafo único do art. 71 acrescenta-se: "A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexequível em virtude, do ato da ínstituição O parágrafo único do art. 71 é da máxima importância para se saber qual a sanção para o ato de instituição do bem de família em caso de infração do art. 71. Não é a de inexistência, nem é a de nulidade, porque não foi estabelecida a sanção de nulidade, nem se negou qualquer efeito ao ato de instituição **(art.** 145: "É nulo **o** ato jurídico: V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito"). A espécie é de *ineficácia relativa* (Tomos IV, § 878, V, §§ 580-582, e XI, § 1.248, 2). A ação que toca ao devedor ou a *quaestio praevia* que se apresenta em sua ação de cobrança é declaratória negativa de eficácia, e não constitutiva negativa.

2. PRESSUPOSTOS. São pressupostos: a) haver casamento ou filhos, ou, *a fortiori,* casamento e filhos; ti) estar no patrimonio do instituidor ou dos instituidores, exclusivamente, o bem a que se quer dar a destinação a que se refere o art. 70; e) ser o bem de valor até cem mil cruzeiros, limitação "contra a família" que a lei de "proteção à família" adotou (Decreto

-lei n. 8.200, de 19 de abril de 1941, art. 19). O pressuposto ti) é de validade, porque se supõe ter sido registada indevidamente; o pressuposto a) também é de validade, como o pressuposto e). Se houve infração do art. 71, há apenas ineficácia relativa. O bem não pode ser em comunhão *pro indiviso* com estranhos, mas pode ser em comunhão *pro diviso,* em apartamentos, com estranhos, ou em comunhão *pro indiviso* com filhos. A despeito da expressão "chefes de família", que aparece no art. 70 ("É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento

de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio"), pode ser instituidor a mulher, como podem ser os pais dos menores, ou só um deles.

Família não é só a que se constitui com o casamento.

O art. 19 do Decreto-lei n. 8.200 não tem incidência retroativa (**4**.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 28 de julho de 1944, *R.F.,* 101, 92).

Se o prédio foi instituido em bem de família, quer pelo marido, quer pela mulher, quer por ambos os pais dos menores, quer por um só. somente com o assentimento dos filhos pode ter outro destino, ou ser alienado. Instituído em bem de família por duas pessoas, cônjuges ou pais de incapazes, é preciso que haja o consentimento de ambas.

Assim se há de entender o art. 72: "O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais".

O prédio pode ser em zona urbana ou em zona rural. O Decreto-lei *ii.* 3.200, art. 22, diz, claramente: "Quando instituído em bem de família prédio de zona rural, poderão ficar incluídos na instituição a mobília e utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, mencionados discriminada-mente na escritura respectiva". Em zona urbana, podem ser incluídos os móveis que guarnecem a casa e os instrumentos de limpeza e jardim, incluindo-se entre os móveis geladeiras e mais objetos de uso doméstico.

8.ESCRITURA PÚBLICA E PUBLICIDADE. A escritura pública é essencial, qualquer que seja o valor do imóvel. Assim, o art. 134, II, não é de invocar-se. Disse-o o Código Civil, art. 78:

"A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da Capital do Estado". Entenda-se de Estado-membro ou do Território. No Código de Processo Civil, estabeleceu, repetindo-o, o art. 647: "A instituição do bem de família firmar-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicilio de sua família e ficará isento de execução por dívida". O nome não importa se se caracterizou que se queria instituir bem de família. Se houve instituição de bem de família, ou se houve clausulação de inalienabilidade (nas espécies em que a lei a permite),

é questão de interpretação do negócio jurídico. Se a escritura pública é inválida não se pode transcrever; mas, transcrita, só a ação contra o registro pode tornar penhorável o bem. Tal ação só se pode propor à parte. A transcrição posterior à penhora, ou ao protesto da divida, é ineficaz relativamente ao crédito que tem o penhorante ou protestante.

4.PUBLICIDADE E TRANSCRIÇÃO. O Código Civil, no art. 78, estatuíu: "A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da Capital do Estado". Havia transcrição *e* publicação. O Código de Processo Civil, nos arts. 648-651, concebeu o procedimento edital como instrutivo da transcrição, e não como procedimento edital de publicidade da transcrição. Disse o art.

648 do Código de Processo Civil:

"De posse da escritura, o instituidor a entregará ao oficial do registro de imóveis, para que mande publicá-la na imprensa da localidade e, à falta, na da Capital do Estado ou Território". O art. 649: "Da publicação, feita em forma de edital, constarão: 1. O resumo da escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fêz, situação e característicos do prédio. II. O aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá dentro em trinta dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial". O procedimento edital precede à transcrição, instrui-a (arts. 650 e 651, §§ 2/" e 8.~, cp.

Código Civil, art. 78). É um dos raros casos em que o procedimento por éditos foi entregue ao notário, tratando-se mais de meio do que de publicação de registro. Histôricamente, quando se retirou aos juizes parte da cooperação nos negócios jurídicos, exatamente se lhes conservou o presidir ao procedimento edital instrucional ou integrativo.

A publicação antes do registro tem a conveniência de não surpreender o público sôbre a data em que começa a eficácia *erga omites.* O sistema das leis sôbre registros públicos, anteriores, ou não, ao Código de Processo Civil (cp. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 277), interpretando demasiado à risca o art. 78 do Código Civil, *verti* "transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local", ordenava registar-se antes da publicação; de modo que ficariam duas possíveis datas de eficácia (registro e publicação). A concepção do Código de Processo Civil do Distrito Federal, que o Código de Processo Civil adotou, é a que consulta os métodos de técnica do procedimento

edital instrucional.

A competência do oficial do registro de imóveis da situação do bem a ser destinado atende a que o bem é que é

“afeto a fim”, e não há pensar-se em fôro do domicilio dos instituidores ou do instituidor.

Do edital consta o “resumo da escritura”, porque a escritura, nos seus pormenores, interessa aos figurantes, e não ao público. Qualquer defeito se sana com a transcrição, exceto se há erro na identidade dos instituidores ou do prédio, caso em que a transcrição pode ser retificada.

À reclamação exige-se ser escrita e dirigida ao oficial do registro de imóveis. Tem pretensão a reclamar o que tem direito real sôbre o prédio, ou posse que não seja só direta (imediata) em relação aos instituidores, o credor por dividas anteriores à publicação feita, etc.

Acrescenta o art. 650 do Código de Processo Civil: “Findo o prazo do artigo anterior, sem que tenha havido reclamação, o oficial transcreverá a escritura, *verbo ad verbum,* em livro próprio, lançará as respectivas indicações nos indicadores real e pessoal, e arquivará um exemplar do jornal em que a publicação houver sido feita, restituindo o instrumento à parte, com a nota da transcrição”. Formalidade essencial, a falta de lançamento nos indicadores, real e pessoal, é causa de ineficácia da transcrição; portanto, é sem eficácia *erga omites.* Ésses efeitos só-mente começam depois de transcrita a escritura pública, palavra por palavra, e feito o lançamento nos indicadores. Também são ineficazes os lançamentos nos indicadores sem a transcrição; mas, aí, há quant *idade* dos lançamentos: a transcrição posterior não os sana; têm de ser feitos a transcrição e os novos lançamentos.

O arquivamento do jornal não é essencial; é dever do ofidaí. Apenas resguarda a prova da publicação. A falta dele não produz nulidade, nem impede eficácia. Nem, sequer, a falta da restituição da escritura, com a nota da transcrição, pois que se restitui para cômodo e segurança dos instituidores (facilidade do uso da prova) com *certidão* (“nota”) da transcrição.

O instituidor ou instituidores não respondem pelos danos que alguém sofra com a falta dos lançamentos nos indicadores; mas o oficial responde, inclusive ao instituidor ou aos instituidores.

Disse o art. 651 do Código de Processo Civil: “Da reclamação, que será

arquivada, o oficial fornecerá ao instituidor cópia autêntica, devolvendo-lhe a escritura, com a declaração escrita de ter sido suspenso o registro".

No § 1/": "O instituidor poderá requerer ao juiz de direito da comarca que ordene o registro sem embargo da reclamação". No § 2.0: "Se o juiz determinar que se proceda ao registro, ressalvará ao reclamante o direito de recorrer à ação competente para anular a instituIção, ou de fazer execução sôbre o prédio instituído, na hipótese de tratar-se de divida anterior e cuja solução se tornou

inexeqúível em virtude do ato da instituição". No § 8.0: "A transcrição compreenderá também o despacho do juiz".

(Havia discordância entre tratar-se de transcrição ou de inscrição, pois o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 277, posterior ao Código de Processo Civil, havia empregado a expressão "inscrição". O Decreto-lei n.

8.200, de 19 de abril de 1941, art. 20, referiu-se à transcrição. Porém, a (lespeito de ser posterior ao Código de Processo Civil e, ainda de mais tempo, ao Código Civil o Decreto n. 4.857, não tinha fôrça para os derrogar. A praxe fêz empregáveis ambos os registros. Adiante n. 10.)

Se há reclamação, ou a) os instituidores *desistem,* suspendendo-se, indefinidamente, o registro, ou b) requerem ao juiz de direito da comarca, ou ao juiz de direito que fôr competente, ou a qualquer deles, em caso de haver dois, ou mais, competentes, que se registe, apesar da reclamação. *Nenhuma eficácia constitutiva tem a escritura pública no caso a) ;* porque o negócio jurídico da instituição do bem de família é compésito, e não da classe daqueles negócios em que a escritura pública opera todos os efeitos entre os figurantes. Resta, porém, saber-se se a escritura pública tem o efeito *obrigacional* de se requerer a publicação. Tal efeito depende do negócio subjacento ao da instituição do bem de família. Se foi o testador que deixou em bem de família o prédio, o testamenteiro tem o dever de providenciar no sentido do art. 648. Se foi a mulher que outorgou a escritura, ela ou o marido, como chefe de família, pode requerer. Se foi outorgada pelo marido a escritura, recusando-se Me a requerer a formalidade integrativa, ou caindo em incapacidade, pode requerê-la a mulher. Se ambos caíram em incapacidade, o tutor de qualquer dos filhos, ou o curador de qualquer dos cônjuges, se o casal tem ou não filhos. A referência a instituidor, nos arts. 648-651, é apenas exemplificativa: ser do instituidor o pedido é o que corresponde ao *quod plerum que fit.*

O“requerimento” do art. 651,“, é postulação, e o juiz exerce função de cognição superficial, *incompleta,* tanto que, se o defere, tem de ressalvar ao reclamante o uso da *ação de nulidade da instituição do bem de famnilia,* ou *de anula~do,* segundo os princípios de direito material, em processo de rito ordinário, e a ação executiva (art. 298), ou de execução de sentença, ou qualquer outra, executiva *lato sensu,* que apanhe o bem, desde que o direito material a permita (a parte final do § 2.0 reproduz a regra de direito material). Ao juiz ordena a lei que faça a ressalva, explicitamente. Porém, se o não faz, nem por isso ficam fechadas ao reclamante as vias ordinárias para as suas pretensões contra a instituição, direta ou indiretamente.

Pode o juiz desatender ao pedido daquele que pretende o registro. Para isso, hão de militar razões de se não admitir, *in casu,* a instituição, tais como prova de dívida com titulo executivo que abranja, sem ser preciso ação declarativa ou de condenação sôbre o quanto, mais do que os outros bens do instituidor poderiam solver, ilegitimação do instituidor, ou falta de qualquer outro pressuposto da instituição que se possa provar com documento de valor probatório suficiente. A ressalva está sempre subentendida; a decisão é dessas a que se dá o nome de sentença de cognição incompletada. Nem depende do juiz completá-la. A *reserva* é implícita.

A resolução do juiz, no caso do art. 651, § 2.0, é, pois, mandamental, integrativa, com reserva de melhor cognição.

A transcrição, quando se tenha dado o caso do art. 651, § 2.0, tem de conter o despacho do juiz; de modo que a falta da inserção importa em nulidade do registro.

5.DIVIDAS ANTERIORES. Diz o art. 71 do Código Civil:

“Para o exercício dêsse direito, é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por êle ser prejudicado”. No parágrafo único: “A isenção se refere a dividas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexeqUível em virtude do ato da instituição”.

Dividas anteriores, entenda-se, que são dotadas de ação condenatória *(aliter,* pois, por exemplo, as dívidas prescritas, que são dividas com eficácia encoberta), e se tais dívidas, para serem pagas em execução forçada ou em concurso de credores, teriam de apanhar o bem que se quer instituir em bem de família.

Quando o juiz, que ordenou o registro (decisão mandamental),

ressalvou a execução por algum dos reclamantes, ou pelo reclamante, a sua cognição continua cognição incompleta,

de modo que a ressalva a favor do reclamante não tira ao instituidor ou instituidores alegar e provar contra a divida, nem contra o quanto do pedido, ou no sentido da nomeabilidade de outros bens ou de outro bem.

Se as dívidas do instituidor eram tais que e adiava insolvente ao tempo em que instituiu o bem de família, a espécie não é de nulidade, nem, sequer, de anulabilidade por fraude contra credores (arts. 147, II, ***iii*** *fine* e 106), porque não se trata de transmissão gratuita de bens, nem de remissão de dívida, nem de espécie do art. 107. Há ineficácia relativa para cada um, o que, dada a insolvência, é como se fôsse completa a ineficácia. A jurisprudência que alude a invalidade é fruto de poucas luzes *(e. g.*. 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12

de fevereiro de 1940, *R. dos 2*"., **126, 681).** Certo, o acórdão da □

2 a Câmara Civil, a 27 de agôsto de 1946 (165,

318) : "Desde que, na espécie, portanto, foi o titulo aceito anteriormente à instituição do bem de família, não estava a exequente impedida de fazer penhorar o imóvel, pagando-se na respectiva execução".

6. EFICÁCIA "ERGA OMNES" E REAL. O ato jurídico de instituição do bem de família é vinculante desde que se faz a escritura pública, com os requisitos necessários. Se só um foi o instituidor, nem por isso é revogável a declaração unilateral de vontade, posto que possa haver distrato, observado o art. 72. Se foi transcrito o ato, a extinção da destinação somente se opera após o cancelamento no registro de imóveis.

Se, após a instituição, houve mudança de residência, não importa; a lei não distinguiu: o que o bem de família protege é a família, ainda quando (e principalmente quando) lhe faltem meios para pagar outra casa de habitação.

J. M. CARVALHO SANTOS *(Código de Processo Civil interpretado,* VII, 259) está certo; e errado o acórdão da Côrte de Apelação do Distrito Federal, de 5 de outubro de 1984 *(A. J.,* 87, 826). O Decreto-

-lei n. 8.200, art. 21, § 1.0, traz argumento de lei posterior,

confirmativa de interpretação, *verbis* "sempre que possível, o juiz determinará que a cláusula recaia em outro prédio, em que a família estabeleça domicilio". No ato da instituição devem os instituidores, ou o instituidor, ou não ter dívidas, ou só as ter de valor tal que possam ser pagas por outros bens dos instituidores, ou instituidor (Código Civil, art. 71 e parágrafo único). Quem alega a ineficácia relativa da instituição tem de alegar e provar que, não paga a dívida, não poderia ser executada, ao tempo do vencimento, sem atingir o bem de família. Sôbre a transmissão *causa mortis,* arts. 20, 21 e 21, § 2.0, do Decreto-lei n. 8.200; sôbre a aquisição de prédio isenta de imposto, arta. 28, 23, § 19, e 41.

'7. INVALIDADE E INEFICÁCIA. O art. 651, § 2.0, diz que o juiz, se determina o registro, há de ressalvar ao reclamante a ação "para anular a instituição", ou "fazer execução sôbre o prédio instituído". "Anular" está, aí, a têcnicamente. por decretar a nulidade, ou a anulação; e o conteúdo do termo depende da alegação que fêz o reclamante. Quanto a "fazer execução sôbre o prédio instituído", só se há de entender para a espécie em que o reclamante argiliu que havia dívida que somente poderia ser paga pelo bem que se quer instituir em bem de família.

Discute-se, se, não tendo alguém reclamado contra a instituição do bem de família, por insuficiência do patrimonio, sem êsse bem, para a execução do crédito, a) *ainda* pode ir contra êsse bem, mostrando que houve infração do art. 71 do Código Civil, ou *b)* se precluíu a pretensão à penhora *dêsse bem.* A lei que, *de lege ferendd* poderia ter estabelecido *lfl,* nada disse; de jeito que a solução certa é aj, tanto mais quanto a decisão do juiz, se houvesse reclamado o credor, seria de cogniçâo incompleta.

8. CANCELAÇÃO DA TRANSCRIÇÃO. O Código de Processo Civil não tratou do cancelamento da transcrição. Ponto digno de nota é o da audiência dos interessados, filhos do casal. Claro que, ainda instituído bem de um só dos cônjuges, o laço obrigacional fica entre êles, e o assentimento do outro é essencial, embora judicialmente suprível, segundo os princípios. Quanto aos filhos, entendeu o Conselho de Justiça da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 2 de novembro de 1937 *(A. J.,* 45, 104), que basta ser ouvido o órgão do Ministério Público. Não ha solução *a. priori.* Se os menores estão sob pátrio poder, há colisão de interesses. Se estão sob tutela ou curatela, tem de ser ouvido o tutor ou curador. Se relativamente incapazes, não se explica não serem ouvidos. A lei não concebeu o bem de família como de livre cancelamento.

Sempre que se pede cancelamento, a ação é dirigida, não só à *desconstituicão* do negócio j ur‟idico da instituição do bem de família, porém, e principalmente, à *desconstituição* do registro. A lei concebeu o bem de família como de livre instituição; não o cancelamento (Código Civil, art. 72), de modo que a ação é *constitutiva negativa.*

Da decisão que nega o cancelamento cabe o recurso de apelação, ainda que se lhe misture outra matéria, como a permissão de se alugar o bem (4□a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28 de julho de 1944, *R. F.,* 101, 92).

Diz o Decreto-lei n. 8.200, art. 20: “Por morte do instituidor ou de seu cônjuge, o prédio instituido em bem de família não entrará em inventário, nem será partilhado, enquanto continuar a residir nêle o cônjuge sobrevivente ou filho de menor idade. Num e noutro caso, não sofrerá modificação a transcrição”. Se o cônjuge sobrevivente deixa de residir no prédio, ou êle e o filho de menor idade, ou os filhos de menor idade deixam de residir, o bem é inventariado e partilhado porque se transferiu a propriedade ao tempo da morte do instituidor. Se morreu o instituidor, havendo cônjuge sobrevivente, mas sem filho menor, dá-se o mesmo. Se, apesar de residir no prédio o cônjuge sobrevivente, não-instituidor, ou nêle residir filho menor, há a declaração daquele, ou do representante dêsse, ou dêsse assistido pelo titular do pátrio poder, tutela ou curatela, de que não quer mais residir no prédio, tem-se de distratar a instituição, procedendo-se ao cancelamento, o que pode ser pedido no inventário do instituidor. Se ambos os cônjuges foram instituidores, a morte de um não extingue a destinação, caso em que só o distrato pode servir ao cancelamento, observado o art. 72 do Código Civil (cf. Decreto-lei n. 3.200, art. 21:

“A cláusula de bem de família somente será eliminada, por mandado do juiz, e a requerimento do instituidor, ou, nos casos do art. 20, de qualquer interessado, se o prédio deixar de ser domicilio da família, ou por motivo relevante plenamente comprovado”). O art. 21 do Decreto-lei n. 3.200 só se refere ao cancelamento após a morte do cônjuge ou do instituidor; não derrogou o art. 72 do Código Civil. Diz o art. 21, § 1.0: “Sempre que possível, o juiz determinará que a cláusula recaia em outro prédio, em que a família estabeleça domicilio”. E o § 2.0:

“Eliminada a cláusula, caso se tenha verificado uma das hipóteses do art. 20, entrará o prédio logo em inventário para ser partilhado. Não se cobrará juro de mora sôbre o imposto de transmissão relativamente ao período decorrido da abertura da sucessão ao cancelamento da cláusula”.

Se há desquite judicial, cumpre verificar com quem ficam os filhos, ou com quem fica o filho. Se fica com o instituidor, *toilitur qunestio,* porque não há pensar-se em eliminação da instituição. Se com o cônjuge do instituidor, idem. Se instituidores foram pai e mãe, a mesma solução impõe-se, e a *fortiori.* A discussão sôbre quem foi culpado, ou não, é impertinente. Se não há filho, ou não os há incapazes, o desquite do instituidor torna distratável por declaração unilateral de vontade a instituição. Se o bem era comum e passa a um só deles, só o que o receber pode distratar a instituição. Razão não teve a 5~S Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 5 de dezembro de 1944 *(R. dos T.,* 155, 298), para, tendo de resolver o problema, trazer à tona a questão da culpa no desquite; bastar-lhe-ia o fundamento de que, afinal, lançou mão:

"No caso em aprêço, entregues que fôram à agravada a posse e gôzo do bem de família, em sua totalidade, ~como lhe recusar a pleiteada metade do aluguel da loja, se em rigor teria ela direito a toda a renda respectiva **?"** Ao morrer o instituidor, a propriedade do bem de família transfere-se, como qualquer outra, segundo o art. 1.572

do Código Civil. Apenas dele não se faz inventário, nem partilha. Se o instituidor dispôs da porção disponível da herança, ou de toda ela, por não haver herdeiros necessários, e o bem de família foi objeto de disposição especial (herança ou legado) a alguém, nenhuma questão surge, porque se trata tal herdeiro ou legatário como beneficiado à parte. Se, porém, a verba testamentária é tal que o bem de família haja de entrar na formação de algum quinhão, tem-se de proceder à avaliação dele para se saber o que é preciso para se completar o quinhão. Ésse outro elemento do quinhão é tratado, no inventário e na partilha, como se não existira o bem de família, cujo valor apenas serviu para se determinar o que faltara à formação do quinhão.

Não há qualquer regra jurídica que considere a residência de fato elemento necessário da continuação da instituição. O art. 22, § 12, do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, fala mesmo de "rendimentos". Seria absurdo que se desse eficácia *ipso jure* ao fato da residência. Ora, o Código Civil, no art. 72, exigiu, para que o prédio possa ter outro destino, o consentimento do instituidor e de seu cônjuge, ou dos instituidores, e o assentimento dos filhos, por seus representantes ou com a assistência do titular do pátrio poder, tutela ou cura-tela.

Tratando-se de pátrio poder e tendo de manifestar-se o titular do pátrio poder, há colisão de interesses (art. 887). É

assente que se pode arrendar em parte o prédio (Câmaras Cíveis Retinidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 18 de junho de 1989, *A. J.,* 92, 108; 5.~ Câmara Cível, 5 de dezembro de 1944, 1?. *dos* 2"., 155, 298).

Alguns juizes confundiram o fato de residir com a destinação à residência. Tanto não cessa a instituição com o fato de deixar de residir que o fato de deixar de residir é um dos elementos para se pedir o cancelamento da instituição (Decreto-lei n. 8.200, art. 21, *verbi.s* "se o prédio deixar de ser domicílio da família, ou por motivo relevante plenamente comprovado"). Certamente, não pode o juiz modificar o fim da instituição, destinando-o a locação (4A- Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28 de julho de 1944, *1?. F.,* 101, 92). Para a locação, há de haver os consentimentos e assentimentos de que se cogita no art. 72 do Código Civil (Conselho de Justiça do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 18 de janeiro de 1940, cf. Parecer do Procurador Geral ROMÃO CÓRTES LACERDA, E. *dos T.,* 181, 322). Muitas vêzes, precisa ausentar-se, por algum tempo, a família, ou ir em férias, e locar a casa, ou tem de ausentar-se por fôrça de serviço público o chefe de familia.

Para ser alienado o prédio instituído em bem de família, tem de ser antes cancelada a instituição. Se foi permitida a alienação com observância do art. 72 do Código Civil, sem se precisar ter sido permitido o cancelamento, há-se de entender que só se permitiu a alienação, e não o distrato, de modo que tem o juiz de, sendo possível, determinar que a cláusula de bem de família recaia noutro prédio, em que possa residir a família, ou mandar que se deposite o preço, dando-se a sub-rogação real. Ao cancelamento, nas duas espécies, só se procede depois de instituído em bem de família o outro prédio, ou depositado

o preço.

j,Pode ser gravado o prédio instituído em bem de família? De modo nenhum; e foi baseado em sofismas o acórdão da 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de março de 1982 (1?. *dos 2"., 82,* 276), que permitiu a hipoteca.

Já certa vez, juiz de direito da Capital de São Paulo *(R. dos* 2"., 115, 641) pretendeu que, instituído bem de família, ficava à família o usufruto, e ao instituidor a nua propriedade. O absurdo saltava aos olhos e o intuito de tal construção a técnica e aberrante dos princípios era deferir-se a arrecadação da nua propriedade na falência do instituidor. A 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo,

a 20 de junho de 1988 (115, 638), repeliu-o.

9.REGRAS JURÍDICAS FISCAIS. “São isentos de qualquer imposto federal, inclusive selos, todos os atos relativos à aquisição de imóvel, de valor não superior a cinqUenta contos de réis, que se institua em bem de família. Eliminada a cláusula, será pago o imposto que tenha sido dispensado por ocasião da instituição” (Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 23). O imposto é, então, o que foi dispensado, segundo o valor do prédio constante do ato de instituição. Acrescenta o § 1.0 do art. 23: “Os prédios urbanos e rurais, de valor superior a trinta contos de réis, instituidos em bem de família, gozarão da redução de cinqUenta por cento dos impqstos federais que nêles recaiam ou em seus rendimentos”. E o § 2.0:

“A isenção e a redução de que trata o presente artigo são extensivos aos impostos pertencentes ao Distrito Federal, cabendo aos Estados e Municípios regular a moratória, no que lhes diz respeito, de acOrdo com o disposto no art.

41 dêste decreto-lei”. O art. 41 dissera: “Os Estados e os Municípios deverão expedir os atos necessários à concessão dos mesmos favores de que tratam os arts. 6.0, 8.0, §§ 11, 13 e 28 dêste decreto-lei”.

O bem de família não é instituto de direito constitucional, em se tem qualquer regra jurídica, na Constituição de 1946, e imponha aos Estados-membros a não-tributação do bem de família. As leis locais, que foram feitas ap6s o Decreto-lei n. 3.200, art. 41, ou algumas que acaso o precederam persistem, mas o Poder Legislativo local as pode derrogar. *De lege terenda,* é aconselhável que se não derroguem; se sobrevém derrogação, não há por onde considerar-se contrária à Constituição de 1946.

O Supremo Tribunal Federal, a 7 de maio de 1947 *(Á. .T.,* 84, 127, *R. dos* 2"., 183, 489), decidiu que é competente para ordenar o cancelamento o juiz do domicilio dos interessados, e não o da situação do imóvel; mas tal solução se volve contra os princípios mais rudimentares de direito constitucional e processual. A transcrição da escritura pública em que se institui bem de família faz-se e somente se poderia fazer no registro de imóveis da situação do bem: seria absurdo transcrever na Capital Federal a instituição de bem de família concernente a bem sito em Fortaleza ou alhures. O oficial do registro de imóveis é órgão do Estado, subordinado, imediatamente, ao juiz de registros públicos. A esse juiz de registros são submetidas tOdas as operações registárias. Tem Me de atender ao que precisa de registro ou de cancelamento, se há ato jurídico que haja de figurar no registro,

ou se é de proceder-se, perante êle, a alguma constituIção ou desconstituição. O cancelamento por distrato somente supõe o distrato, apreciado pelo juiz ou tribunal com a competência para *mandar* ao oficial. Mas juiz ou tribunal com competência para isso é o juiz de registros públicos, o tribunal a que está subordinado, em grau de recurso ou em correição, o Tribunal Federal de Recursos ou o Supremo Tribunal Federal, através das justiças locais. Juiz do Estado--membro A não pode mandar ao oficial de registros públicos de outro Estado-membro, do Distrito Federal ou de Território, ou vice-versa.

A competência por território é a que, *de iure condito* como *de jure condendo,* se impõe. À paz pública, à tranquilidade social, ao regramento exato da vida, são de mister a observância das regras jurídicas sObre competência, o acêrto dos fundamentos para elas e a clareza com que se concebem. A instituição do bem de família é ato jurídico constitutivo, que tem de ser registado, com as vias recursais adequadas. Não é o fOro do domicilio, ou o da residência, que se há de exigir. Ã escritura pública pode ser alhures, como a escritura pública de negócio jurídico bilateral, mas o registro, êsse, só se havia de conceber no lugar da situação do bem. Quando se procede à partilha dos bens do defunto no 1º ou do último domicilio nem por isso se há de permitir que baste registar-se no cartório do lugar do domicilio: tal registro seria sem qualquer eficácia quanto ao bem partilhado, situado noutro lugar.

10.PRAXE REGISTARIA DO BEM DE FAMÍLIA. O Código Civil, no art. 78, disse que a instituição do bem de família há de constar de escritura pública, “transcrita no registro de imóveis”. A Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, art. 5$, a), 1, submeteu o instrumento público da instituição de bem de família a inscrição, em vez de a transcrição. Não se procedeu a essa mudança, impensadamente. O Decreto nº. 18.642, de 24 de dezembro de 1928, art. 173, *a),* 1, atendeu, como devera, ao texto legal, que derrogara o Código Civil. Posteriormexite, no mesmo sentido, o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arte. 178, a), 1, e 277. O Código de Processo Civil, art.

650, falou de transcrição *(verbis* “transcreverá a escritura *verbo ad verbum”,* em livro próprio) - Todavia, continuou-se, aqui e ali, a inscrever no Livro~ 4, conforme o art. 277 do Decreto nº. 4.857. O Decreto-lei n. 8.200, de 19 de abril de 1941, aludiu, no art. 20, à transcrição. A inscrição no Livro 4 e a transcrição no livro próprio quase se equivalem, tanto mais quanto se exige a indicação nos indicadores real e pessoal. Não se deve reputar nulo (ou ineficaz) o registro que, ao tempo da Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, que

subordinava a inscrição a instituição do bem de família, se fêz por transcrição, nem o que, após o Código de Processo Civil, art. 650, portanto a partir de 1? de março de 1940 (Decreto-lei n. 1.965, de 16 de janeiro de 1940, artigo único), se fêz por inscrição. A averbação no Livro 8 tem de ser feita, à guisa das outras (cp. Decreto nº. 4.857, art. 283, III) -

11.RETIFICAÇÃO DA TRANSCRIÇÃO OU DO CANCELAMENTO.

Quando o registro do bem de família é relativamente ineficaz,a objeção do interessado é declaratória negativa. Se o registro não é exato, ou cessou de o ser, tem de ser retificado, ou cancelado. Aqui, intervêm os mesmos princípios que foram expostos, no Tomo XI, a propósito da retificação da transcrição de transferência (§§ 1.241, 1.244 e 1.252) e do cancelamento (§~ 1.180. 2, 1.222, 4, 1,232, 1.244 e 1.247).

O verdadeiro dono do imóvel que se acha transcrito em nome de quem o instituiu em bem de família tem a ação de retificação do registro da transcrição alienativa-aquisitiva a favor de outrem e a consequentee retificação no tocante ao bem de família, podendo êsse pedido ser cumulado àquele, ou sobrevir à sentença que mande retificar a transcrição da transferência.

§ 1.593. Restrições em lei

1.TERRAS DA UNIÃO DESTINADAS A FINS AGRÍCOLAS E À COLONIZAÇÃO. Os lotes alienados pela União, se são em zonas rurais, destinadas a estabelecimentos de núcleos coloniais, são subordinados a licença da Diretoria de Tenaz e Colonização, quanto à alienação e ao gravame, até que se dê a “emancipação” do núcleo colonial, em que sejam situados (Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 155: “O promitente comprador e, quanto a núcleos coloniais não emancipação.

O proprietário do lote: não poderá onerar nem por qualquer forma transferir o imóvel sem prévia licença da Diretoria de Terras e Colonização”). Tem-se de classificar tal restrição de poder, porque, se bem que posta em lei, a retirada do poder de alienar e limitação de poder, mas restrição de poder (Tornos V, §§ 566, 1, e 589; VI, § 668; XI, §§ 1.168. 1.164, 1.215, 1.222 e 1.228; e XII, §§ 1.282, 1, 9, 10; 1.383, 1.387, 3, e 1.391, 3).

Não tem eficácia *erga omites* se não foi registado tratar-se de "núcleo colonial não emancipado". Se houve a menção no registro, o fato de ter cessado a dependência da licença aproveita ao terceiro adquirente ou ao terceiro que obteve o gravame, mas, para a transcrição ou para a inscrição, é de exigir-se, no registro de imóveis, a prova da "emancipação" do núcleo. A alienação ou gravame, antes da "emancipação» sem licença, é nula e ineficaz, e não só ineficaz (Tomo IV, § 390, 5).

2.LEI E LIMITAÇÃO; LEI E RESTRIÇÃO. Se a lei, com a diminuição do poder de dispor, apanha o conteúdo do direito e propriedade, como efeito de regra jurídica cogente, limita-o; se o faz em regra jurídica dispositiva ou como expressão de vontade do Estado, restringe-o.

Tem-se, portanto, de analisar a regra jurídica, inclusive a lei, para se saber se é cogente, estabelecendo limitação de poder, ou se é dispositiva, com a limitação de poder se outra coisa não se dispôs, ou se é determinante de restrição de poder, caso em que o Estado apenas exprime vontade negocia.

CAPITULo 1

PERDA DA PROPRIEDADE

§ 1.594. Espécies de perda da propriedade

1.As CAUSAS SEGUNDO A LEI. A concepção greco-romana é a da imutabilidade, a da perenidade, do direito de propriedade imobiliária. Os sujeitos de direito mudam, pela transferência dos bens imóveis de um para outro patrimonio. Não há a *perde* sem que outro adquira. A brecha, que a derrelicção abriu, com os Sabinianos, apenas representou atenção a êsse conceito, sem verdadeira correção **à** tese dos Proculeianos. "Além das causas de extinção consideradas neste Código", diz o Código Civil) art. 589, "também se perde a propriedade imóvel: 1.Pela alienação. II. Pela renúncia. III. Pelo abandono.

IV.Pelo perecimento do imóvel". O § 1.~ explicitou: "Nos dois primeiros casos dêste artigo, os efeitos da perda do dominio serão subordinados à transcrição do título transmissivo, ou do ato

renunciativo, no registro do lugar do imóvel". O § 29:

"O imóvel abandonado arrecadar-se-á como bem vago, e passará, dez anos depois, ao dominio do Estado, ou ao Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições, ou ao da União se estiver em território ainda não constituído em Estado".

Os incisos 1 e II concernem aos negócios jurídicos por *declaração de vontade,* plurilateral ou unilateral, no inciso 1, (compra-e-venda, troca, doação; promessa de recompensa, etc.), e unilateral, no inciso II. Em ambos, a *transcrição* é elemento essencial à *eficácia* de direito real, e não ao negócio jurídico. Há venda desde que se assina a escritura pública; a eficácia é que depende da transcrição no registro de imóveis. Há renúncia desde que se fêz a declaração unilateral de vontade de direito de propriedade; a eficácia real, a *realidade* da perda, é que depende da transcrição, no registro de imóveis.

No direito brasileiro, o abandono não depende da transcrição no registro de imóveis; e tem eficácia desde íogo, exceto a que é ligada ao registro mesmo *(e. g.,* responsabilidade do proprietário aos que ignoram o abandono e se guiaram pelo registro de imóveis).

2.CÓDIGO CIVIL, ART. 590. "Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública", diz o Código Civil, art. 590.

8.EXECUÇÃO FORÇADA. A execução forçada, em sentido largo, é outra espécie de perda da propriedade imobiliária de que não falou o art. 589, nem o art. 590. O Estado, diante ~do exercício da pretensão executiva, faz passar ao patrimonio do autor da ação o bem imóvel que se achava no patrimonio do devedor. A espécie é, tipicamente, intercalar: não há alienação, ato divestitivo do devedor, nem há desapropriação, ato expropriativo do Estado; o Estado retira a propriedade do devedor, sem ser em virtude de seu poder de desapropriar, outorgado pela Constituição de 1946, na esteira histórica do direito brasileiro; o devedor, que sofre a execução forçada, não

"alienou", mas praticou ato ou foi responsável por fato de que adveio o dever de prestar e a pretensão executiva do credor. A função do Estado, ai, é bem diferente da que ele tem quando desapropria, ou quando intervém na vida econômica, invadindo a esfera jurídica dos proprietários (Constituição de 1946, arts. 141, § 16, e 145-148).

A pretensão à execução, de que se trata, é (a) a que se exerce, tendo-se

sentença condenatória com carga suficiente (mediata) para a execução (= sentença com carga eficacial de ~ de executividade, *e. g.*, sentenças dos arts. 882 e 888 do Código de Processo Civil), ou *(b)* a que se exerce, tendo-se titulo executivo, conforme o art. 298 do Código de Processo Civil, ou *(c)* a que se exerce como conteúdo da carga de eficácia executiva *imediata (****),* qualquer que seja a sentença, ou *(d)* a que se exerce como em ação executiva sem sentença prévia e sem titulo conforme o art. 298 do Código de Processo Civil. Adiante, § 1.608, 4.

§ 1595. Negócios jurídicos entre vivos e perda da propriedade Imóvel

1.ALIENAR, O QUE É. Alienar é tornar de outrem, passar a mãos alheias. Quem renuncia pratica apenas a metade disso; tal como quem abandona. Quem aliena pratica todo o ato, transfere. Em renúncia, há anúncio negativo, declaração que volta, *renuncia;* em abandono, há o prefixo latino e a raiz germânica, que alude a poder, hibridismo francês, que substituiu a derrelicção, a *deretictio (derrelinção,* de *liceo;* deixar livre, para trás).

(Quem sofre a execução forçada nem aliena, nem renuncia, nem abandona, nem perde por desapropriação. Mas algo ocorre que tornou o seu patrimonio exposto à intervenção do Estado, que a todos prometeu, na *cavécie,* satisfazer a pretensão à tutela jurídica. A situação de quem sofre a execução forçada é semelhante à de quem abandona e à de quem renuncia, mas pode dar-se que não tenha provindo do devedor o fato pelo qual responde, e isso bastaria para se mostrar a que extremos de erros levaria qualquer assimilação da perda por execução forçada à perda pelo abandono ou pela renúncia.)

2.TRANSCRIÇÃO. Aliena-se o bem imóvel por algum dos negócios jurídicos de transferência: outro sujeito ativo passa a figurar na relação jurídica de propriedade. A lei exige para isso, a *transcrição,* publicidade sem a qual não se opera a transferência do direito real, sendo esse, como é, criação e artifício da lei. A eficácia de direito real é nenhuma até que se proceda à formalidade da transcrição, integrativa da alienação e formadora da eficácia *real* da transferência. A posse, essa, o alienante pode dar, desde logo, com tOda a eficácia. O direito real, não; porque o direito real é conceito construído especialmente, em número limitado *(numerus clausus)*.

3.ALIENANTE E ADQUIRENTE. A alienação, no sentido do art. 589, 1,

do Código Civil, supõe, do outro lado, que *alguém* adquira. Não há momento intercalar entre a perda da propriedade pelo alienante e a aquisição pelo adquirente; ainda quando se trate de promessa (unilateral) de recompensa, ou de alguma outra declaração unilateral de vontade que implique transferência da propriedade. Na compra-e-venda, na troca, na doação, na promessa de recompensa, há *alienante* e *adquirente.* Em todos êsses exemplos, há o contrato ou o negócio jurídico unilateral e há o acordo de transmissão, que é abstrato e foi estudado no Tomo XI, §§ **1.191,** 5, 1.222, 7, 1.226.

1.284, 7, 1.242-1.247 e 1.252, 9, especialmente § 1.244, 10 e 13, quer consensual quer real o negócio jurídico. O

negócio jurídico real tem-no como elemento essencial. O que transfere é a transcrição, e não o acordo de transmissão.

A propriedade imobiliária perde-se por adquirir outrem a propriedade do imóvel.

Não tem o direito brasileiro a perda de propriedade imobiliária por sentença de caducidade, de cuja eficácia resulte ficar *nultius* a coisa; como não tem a aquisição da propriedade imobiliária por apropriação (ocupação). No sistema jurídico brasileiro, ou o imóvel nunca foi objeto de propriedade individual e, então, é *res nuilius,* ou já teve dono e dono continua de o ser quem o foi, até que o aliene (art. 589, 1), ou renuncie à propriedade (art. 589, II), ou a abandone (art. 589, III), ou alguém adquira o imóvel, por usucapião (art. 590), ou pereça o imóvel (art. 589, IV), ou se torne extra-comércio (art. 69, 1.8 parte), ou alguém o receba em execução forçada, ou ocorra resilição da propriedade, ou- haja desapropriação, ou aplicação do art. 141, § 31, 3.~ parte, da Constituição de 1946.

A propriedade resolúvel também é caso de perda da propriedade imobiliária para o que tem, no primeiro tempo, a propriedade. Implindo-se a condição, ou advindo o termo, o que era proprietário deixa de o ser, mas essa propriedade já existia com a determinação mexa (Tomo V, §§ 538-553).

Por direito hereditário, alguém desaparece, deixa, portanto, de ser proprietário, porque não há mais a personalidade de quem era o dono, e outrem adquire.

A desapropriação causa aquisição e perda; e a sua natureza será estudada em capítulo especial, como as outras espécies.

4.PERDIMENTO DO BEM. Na Constituição de 1946, art. 141, § 3~, 3.~ parte, há espécie de perda da propriedade, de que teremos de tratar em capítulo especial: o perdimento, pelo dono, devido a ato ilícito.

CAPITULO II

ALIENAÇÃO

§ **1.596.** Negócios jurídicos bilaterais

1. CONCEITO DE ALIENAÇÃO. Alienar é tornar de outrem, como alterar, de *alter,* tornar outro (hoje, diferente). Em ambos está ai, como na expressão judicial "se por aí não estiver prêso", que veio de *ide (* aU veZ*

ale quis, aqui ou alhures), e significa "se por outra causa (ou delito) não estiver prêso". A alienação deveria exprimir o tornar de outrem a propriedade, à base de acordo de transmissão, portanto de negócio jurídico bilateral; mas por vOzes se encontram passagens em que se incluem a renúncia e o abandono como modos de alienar, estendendo-se-lhe o conceito. Em boa terminologia, só aliena quem transfere. O que renuncia e o que abandona não transferem: tiram de si, lançam de si, deixam escapar-se; não transmitem. O *trans* bilateralizaria o negócio jurídico. Não há qualquer bilateralidade no ato jurídico renunciativo ou de abandono. Quem derrelinque não acorda; nem acorda quem renuncia, ou abandona. Quem renuncia não concorda, nem acorda, não põe o querer (o *cor,* o coração) em consonância com o querer de outrem, nem o ajusta ao querer de outrem. O querer do renunciante ou do abandonante é solitário: há um só cor, um só querer.

2.TRANSMISSÃO. ENTRE vivos E TRANSMISSÃO A CAUSA DE MORTE. Quem dispõe a causa de morte não renuncia, nem acorda na transmissão: rigorosamente, não se alienou quando se dispôs, testamentâriamente; o negócio jurídico unilateral só tem efeito com a morte, de modo que tudo se preparou para que, com a morte, alguém ficasse no lugar do testador. Nas disposições de última vontade, não se renuncia quanto ao bem que se tem e se deixa a algum herdeiro ou

legatário; renunciar, testamentariamente, é outra coisa. Temos, pois, de separar a alienação, *proprio sensu,* que é transferir entre vivos, e a "perda" da propriedade por morte, que não é, prôpriamente, perda é desaparição do titular atual do direito de propriedade. A lei e as disposições de última vontade preparam a sucessão, que evita ficar *nulliu.s* a herança.

3. T

ranscrição. Quem aliena somente perde a propriedade no momento em que se procede à transcrição, atendidos, porém, os princípios concernentes à protocolização, que foram expostos no Tomo XI. Quanto aos negócios jurídicos a causa de morte, é tão grande a importância que o direito dá ao fato jurídico da morte e à necessidade de que não haja solução de continuidade na titularidade dos direitos, que as leis soem estabelecer a sucessão *de jure,* automática, ainda que não tenha havido qualquer negócio jurídico do decujo, ou se o houve.

Assim, o art. 1.572 estatui: "Aberta a sucessão, o dominio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". No Tomo X, foi tratada a sucessão na posse, à luz do art. 1.572 e dos arte.

495 e 496. Observe-se, ainda, que não pode ser objeto de contrato a herança da pessoa viva (art. 1.089). A perda da propriedade por negócio jurídico entre vivos somente ocorre quando outrem adquire, ou se houve renúncia, ou abandono. O renunciante perde a propriedade sem que outrem a adquira. O abandonante perde-a antes que o Estado a adquira. Se a disposição foi em negócio jurídico bilateral, o acOrdo de transmissão por si só não transmite, donde a diferença, várias vOzes frisada por nós, entre negócio jurídico obrigacional, acOrdo de transmissão e transmissão. Quem vende apenas promete. Quem aliena promete e acorda na transmissão. Quem doa acorda na transmissão, pela transcrição, e transmite. Pode-se prometer sem se acordar na transmissão: apenas está obrigado quem prometeu a acordar na transmissão e a transmitir. Quem obteve o negócio jurídico obrigacional e o acordo de transmissão, mas outrem, que também o obteve antes, ou depois, se apresenta, antes, ao registro de imóveis, não pode obter outra transcrição e, pois, não se faz dono. Por isso mesmo, permanece incólume o principio: somente se perde por negócio jurídico bilateral a propriedade do imóvel quando outrem o adquire, pela transcrição. Se houve o *titulo* e decorreu, com posse de boa fé, o prazo para usucapião, o negócio jurídico bilateral é, ai, apenas, elemento do suporte fáctico, e perde-se a propriedade porque

outrem usucapiu, e não porque tenha havido eficácia do negócio jurídico bilateral.

4.ÀLIENAÇÃO DOS BENS IMÓVEIS DA UNha. Os bens imóveis da União podem ser alienados quando não haja interesse econômico em manter o imóvel no dominio da União, nem inconveniente, quanto à defesa nacional, na alienação (Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 134). A alie-nação, uma vez autorizada, faz-se em concorrência pública e por preço não inferior ao valor atualizado, segundo fixação pelo Serviço do Patrimonio da União (art 135), salvo nos casos previstos em lei. A concorrência rege-se pelo. arte. 135, §§ 1.0 e 2.0, 136-139, 72 e 73. O Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda, pode autorizar a alienação de terrenos que se encontrem ocupados por terceiros (art. 139), segundo o Decreto-lei n. 9.760. No art. 140, estatuiu o Decreto-lei n. 9.760: "A critério do Presidente da República poderio ser doados lotes de terras devolutas discriminadas, não maiores de vinte hectares, aos respectivos ocupantes, desde que Brasileiros natos ou naturalizados, reconhecidamente pobres, com cultura efetiva e moradia habitual na localidade". A regra jurídica somente aponta os "lotes de terras *devolutas* discriminadas" (cf. Decreto-lei n. 9.760, arte. 19-60). A alienação segundo o art. 139 é regida pelos arte. 159-163. Autorizada à„vista do disposto no art. 139, a alienação do. terrenos ocupados compreendidos em determinada zona, „o 5. P. U. notificará os ocupantes, na forma do art. 104, da autorização concedida (art. 159). Cabe ao diretor do 5. P. U. decidir sôbre os pedidos de aquisição, que lhe deverão ser dirigidos por intermédio do órgão local do mesmo Serviço (art. 159, parágrafo único). Aos que se encontrem nas situações previstas nos itens 1.0, 2.0, **3.0, 4,0** e **5,0** do art. 105, a alienação dos terrenos que ocupam se fará independentemente de concorrência (art. 160). A alienação será feita por importância correspondente a vinte taxas e um e meio laudêmio, calculado este sôbre o valor do dominio pleno do terreno e das benfeitorias existentes (cf.

art. 160, § 1.0). A alienação far-se-á com redução de vinte por cento, quinze por cento, ou cinco por cento, se requerida, respectivamente, no primeiro, segundo, terceiro ou quarto semestre, da data da notificação (art. 160, §

2?). Perderá direito a qualquer das reduções mencionadas no parágrafo anterior o requerente que não efetuar o pagamento devido dentro do prazo de trinta dias da expedição da guia de recolhimento (art. 160, § **3.0).** Aos demais ocupantes de terrenos da União fica

assegurado o direito de adjudicação, pelo maior preço oferecido em concorrência pública, que o 3. P. U. promoverá, com base mínima no valor do dominio pleno do terreno (art. 161).

Não requerida a aquisição no prazo de dois anos da data da notificação, o ocupante ficará obrigado ao pagamento em dóbro da taxa de ocupação, sem prejuízo do direito, que, em qualquer tempo, lhe assistirá, de adquirir o terreno, por importância correspondente a vinte taxas simples e um e meio laudêmio (art. 162). Na alienação de terrenos ocupados, serão observadas, quanto à constituição dos lotes, as posturas da Prefeitura local (art. 162).

5. TERRENOS DESTINADOS A **FINS** AGRÍCOLAS E DE COLONIZAÇÃO. Quando a União reserva em zona rural terrenos em que se possam estabelecer núcleos coloniais, procede-se ao loteamento de acOrdo com o plano estabelecido. Os lotes hão de vender-se a nacionais, que desejem dedicar-se a agricultura, ou a estrangeiros agricultores, a critério, segundo as leis, do Ministério da Agricultura (Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, arts. 149 e 150). Regem o negócio jurídico de pré-contrato ou de compra-e-venda os arts. 151-158 do Decreto-lei n. 9.760 e o direito privado sôbre alienação de imóveis. O promitente comprador, no pré-contrato, e o proprietário, se já se lavrou o contrato de compra-e-venda, com o acOrdo de transmissão, e ainda se já se procedeu à transcrição no registro de imóveis, se o núcleo colonial ainda não foi "emancipado", somente podem transferir o dominio, ou gravar o imóvel, com prévia licença da Diretoria de Terras e Colonização (Decreto-lei n.9.760, art. 155). As terras referidas no art. 65 do Decreto-lei n. 9.760, isto é, as terras destinadas à colonização, podem ser alienadas, sem concorrência, aos arrendatários, posseiros e ocupantes (Decreto-lei n. 9.760, art. 156).

6. **LEGITIMAÇÃO** DE TERRAS DE POSSEIROS. A legitimação das terras devolutas, onde haja posseiros, se a lei a permite, pode ser promovida pelo Estado, ou pelo próprio posseiro. Não há, em tal ato administrativo declaratório e constitutivo (atribuição de propriedade e fixação de taxa de legitimação), qualquer declaração de propriedade, mas sim atribuição de propriedade (cf. Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, arte. 164172 e 174). O dominio da União já foi declarado pela sentença „judicial homologatória a que se refere o art. 57 do Decreto-lei n. 9.760. No art. 173, diz-se: "Aos Brasileiros natos ou naturalizados, possuidores de áreas consideradas diminutas, atendendo-se às peculiaridades locais, com títulos externamente

perfeitos de aquisição de boa fé, é licito requerer e ao 3. 1). U. conceder titulo de, dominio, sem taxa ou com taxa inferior à finda no presente decreto-lei". Haja, ou não, a exigência da taxa de legitimação, a decisão de legitimação é constitutiva da propriedade, com o elemento de declaratoriedade da posse, em questão prévia. Daí ter-se de transcrever o titulo (Decreto-lei n. 9.760, art 170: "Será o titulo transcrito no competente Registro Geral de Imóveis, feita a necessária publicação no *Diário Oficial* da União, do Estado ou do Território, conforme o caso, ou na fôlha que lhe editar o expediente"; § 1.0: "O oficial do Registro de Imóveis remeterá ao 3. P. U. certidão em relatório da transcrição feita, a fim de ser junta aos autos"; § 28: "Incorrerá na multa de Cr$ 200,00 a Cr$ 1.000,00, aplicada pela autoridade judiciária local, a requerimento do 3. P. U., o oficial que não fizer a transcrição ou remessa dentro de trinta dias do recebimento do título").

Diferente da legitimação dos posseiros é a justificação de posse, que se regula nos arts. 175-185 do Decreto-lei n.

9.760. A justificação é declaratória, é a forma administrativa da ação declaratória, razão por que, se a União apenas nega o direito do posseiro, é a ação declaratória que êles têm de propor, ou, se há ofensa sem ser à posse, é a ação negatória, ou, se há ofensa à posse, a ação possessória (cf. Decreto-lei n. 9.760, art. 176: "As justificações só têm eficácia nas relações dos justificantes com a Fazenda Nacional e não obstam, ainda em caso de malôgro, o uso dos remédios que porventura lhes caibam e a dedução de seus direitos em juízo, na forma e me-~ dida da legislação civil". Julgada procedente a justificação e transitando em julgado a decisão administrativa, expedirá o Diretor do Serviço do Patrimonio da União o titulo "recognitivo" (à» do dominio do justificante, titulo formalizado como o de legitimação (Decreto-lei n: 9.760, art. 184).

1.591 Propriedade, condição e termo

1. CONDIÇÃO E TERMO. Ao assunto da perda de propriedade não interessa a condição ou o termo que não atinja o direito mesmo de propriedade. A transmissão não pode ser condicional ou a termo; a propriedade, o diieito mesmo, sim, se se trata de condição resolutiva ou termo resolutivo. Rigorosamente, condição resilitiva ou termo resilitivo, porque, implindo-se a condição ou advindo o termo, a transmissão ao segundo titular, no tempo, é *ex mmc,* e não *ex turne.*

2.FONTE E ESTRUTURA DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL. A propriedade somente pode ser resilivel se houve negócio jurídico, bilateral, ou, se *causa~ mortis,* unilateral, razão para lhe termos de dedicar capitulo especial. Os fideicomissos são a figura mais usual de propriedade resolúvel, mas a matéria deles pertence ao direito das sucessões.

§ **1.598.** Condição e termo suspensivos e resolutivos

1.“SEMEL DOMINUS SEMPER DOMINUS”. A primitiva concepção da propriedade, coletiva ou individual, tinha-a por absoluta, em conteúdo e no tempo. O proprietário, grupal ou individual, era como senhor exclusivo e absoluto, sem deixar de o ser se o não deixava de ser por vontade própria, ou por fôrça de exercer-se contra êle poder mais forte, a título de proprietário. Nas primeiras formas de desapropriação tem-se ao príncipe como proprietário primeiro, pré-eminente, que retoma a propriedade, ou a que se devolvem terras por alguma causa que suscite a devolução. Quando se teve de submeter a propriedade a análise mais interior à teoria geral do direito, surgiu o problema de se saber se convinha, têcnicamente, que se permitisse a propriedade subordinada a termo ou condição. Não se tratava de indagar se os negócios jurídicos de alienação podiam ser sob condição ou a termo. A termo, ou condição, ai seria a promessa de prestar. O que se queria era responder a questão mais delicada: ~ Pode alguém adquirir, mas a propriedade só lhe pertencer até certo dia, ou até quando ou se ocorrer certo fato, ou se não ocorrer certo fato até certo tempo? Está-se, evidentemente, no direito das coisas, para lá do acOrdo de transmissão; está-se no plano mesmo da propriedade. Portanto, nada tem com a solução do problema existirem no sistema jurídico institutos como a retrovenda (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 4, pr.; Código Civil, arts. 1.140-1.148), o pacto comissário (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 5, § 8; Código Civil, art. 1.168), o pacto de melhor comprador (Código Civil, arts. 1.158-1.162; cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 4, pr.), ou o pacto de preferência ou preempção (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título II, § 2; Código Civil, arts. 1.149-1.157).

2.NEGÓCIO JURÍDICO, ACORDO DE TRANSMISSÃO E TRANSMISSÃO. O acOrdo de transmissão é abstrato. Negócio j ur!dico pelo qual se cumpre obrigação irradiada de negócio juridico básico (compra-e-venda, doação, legado, etc.), chama-se-lhe, como a outros

de igual natureza, negócio de adimplemento, *Leistungsgeschdítt.* A transmissão imobiliária não admite condição ou termo. Mas transmissão e direito transmitido são conceitos diferentes. O que se tem de indagar é se a propriedade mesma pode *voltar* ou *passar a outrem,* isto é, se o sistema jurídico admite a propriedade resilivel.

8.CONDIÇÃO SUSPENSIVA E PROPRIEDADE IMOBILIARIA. A transmissão da propriedade imobiliária, que exige a transcrição, não se pode dar sob condição suspensiva, ou a termo suspensivo. Isso não quer dizer que se não possa apresentar ao registro de imóveis acOrdo de transmissão e se requeira a transcrição para somente (pacto!) quando se der algum fato, ou em determinado dia. O que o oficial do registro não pode é protocolar a apresentação, para se engatar, cronolôgicamente, nó registro. Se o adquirente tem acOrdo de transmissão e oculta a existência do pacto, ou não a oculta, e exige a transcrição, o oficial do registro não se pode negar a isso, pois o pacto só tem eficácia obrigacional entre alienante e adquirente.

(a) A transmissão pode ser transcrita se o adquirente é pessoa jurídica que se vai constituir, uma vez que figurem os organizadores da sociedade ou da fundação. Aí, há, apenas, *condicio juris,* e não condição (MIARTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, 181). A *condicio juris* está satisfeita desde o momento em que se averba a certidão de se ter dado a personificação *(e. g.,* registro da sociedade ou da fundação, lei ou decreto que atribuiu a personalidade), de acOrdo com o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 283 *(verbis* "quaisquer outras circunstâncias que, por qualquer modo, afetem o registro ou as pessoas nêle interessadas") e 106, por analogia *(verbis* "à vista de sentença, mandado, certidão, ou documento legal e autêntico, com audiência do Ministério Público"). Para que se passe a outrem a propriedade, é preciso que se proceda a nova transcrição, figurando como alienantes os organizadores que figuraram na aquisição e exigidas a apresentação e transcrição de documentos que provem já se não poder personificar o adquirente futuro. Se a condição de direito não mais pode ocorrer e os organizadores não pretendem alienar, é de proceder-se à *retificação* do registro, explicitando-se que a propriedade se transferira aos organizadores ou às pessoas por êles representadas, inclusive, se é o caso, a êles-mesmos. Se a retificação se procede sem se explicar que outras pessoas, em vez dos organizadores, ou êles e outras pessoas foram os adquirentes, entende-se que foram apenas os organizadores.

(b) Se o homem casado ou a mulher casada transfere propriedade

imobiliária particular, sem assentimento do outro cônjuge, não há transmissão condicional suspensiva. O registro transferiu. O acOrdo de transmissão é atacável por anulabilidade e, em conseqUência, enquanto terceiro não adquire ao adquirente, o registro mesmo é atingível. O

assentimento posterior ratifica o ato jurídico anulável. Se o bem é comum, e o cônjuge o alienou como se fOsse particular, a transcrição só se operou ineficazmente, com as conseqUências que se apontaram no Tomo VIII.

(c) Tratando-se de direito obrigacional sob condição ou a termo *(e.* g., contrato de compra-e-venda em que A se obriga a acordar na transmissão quando as autoridades municipais derem o habite-se ao prédio, ou em certa data), pode ser feita a inscrição segundo o art. 178, a), XIV, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939 (Decreto -lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987, art. 22; cf. Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.~). MARTIN WOLFF

(Lehrbuck, III, 182) falou, aí, de *Vormerkung,* e o tradutor espanhol, por sua conta, pôs, ai, "anotação preventiva", quando, na espécie, não há qualquer preventividade: a "Vormerkung" pode ser preventiva, não no é necessAriamente. A inscrição, que se permite no direito brasileiro, nos termos gerais do art. 22 do Decreto-lei n.

58, com a redação que lhe deu a Lei n. 649, tem de ser averbada no registro do imóvel (Decreto n. 4.857, art. 285).

(d) Nas espécies em que se exige permissão da autoridade pública para a alienação, a alienação, sem a permissão, énula, e o registro não opera a transmissão. Outro acordo de transmissão, com a permissão, é transcritivel, após cancelamento, pedido pelo alienante infrator. Não é possível a pós eficacização.

§ 1599. Direito anterior

1.ORDENAÇÕES AFONSINAS E DIREITO POSTERIOR. Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 40

("Do que vende alguma raiz com condiçom, que tornando ataa certo dia o preçd, que por ela recebeo, seja a venda desfeita"), pr., foi dito:

"Lícita cousa he, que o comprador e o vendedor ponham na compra-e-

venda que fizerem qualquer cautela, pauto ou condiçom, em que se ambos acordarem, com tanto que seja honesta, e conforme ao Direito Civil, ou Canônico.

E portanto disseram os Direitos que, se o comprador e o vendedor na compra e venda acordassem que, tornando o vendedor ao comprador o preço, que tomar pela cousa vendida, ataa certo tempo, a venda fôsse desfeita, e a cousa vendida tornada ao dito vendedor, tal avença e condiçom assi ácordada pelas ditas partes vai, e he aprovada por direito: e o comprador, avendo a cousa comprada a seu poder, ganha, e faz compridamente seos todolos fruitos, novos, e rendas que ouve da cousa comprada, ataa que lhe o dito preço seja restituido". Tinha-se de indagar se o legislador cogitara da obrigação pessoal ou da eficácia real. Noutros termos: se nascia ao vendedor a pretensão à volta da coisa, ou se a coisa, com o advento do termo, ou o acontecimento da condição, voltava (plano do direito das coisas). Não é argumento a favor da segunda solução a eficácia quanto aos frutos, mesmo porque a pergunta, quanto a ê]es, persistiria. O texto afonsino passou às Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 27, pr.) e às Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 4, pr.).

2.A DOUTRINA. MELO FREIRE *(Institutiones,* IV, 83 s.) tratou dos pactos *de retrovendendo, adjictionis in diem, legis commissoriae,* e *promitimiseos,* no livro De obligationibus et § 1.600. PERDA DA, PROPRIEDADE E

actionibus. Tais pactos somente produziam pretensão de direito das obrigações e ação pessoal, no entender de MANUEL GONÇALVES *(Commentaria,* IV, 168) e da jurisprudência (cf. Casa de Apelação do Pôrto, em 1679; *Repertório,* 1, **378).** Já assim também SILvESnE COMES DE MoRAIS *(Tractatua de Executionibus,* **II,** 217 s.).

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSÁ (Dissertações, 1, 841-344) cria-as reais. Seja como fOr, a ação pessoal tem a" extensão anômala do art. 1.142. A ação real, exaurgida da pretensão real, só nasce com a transcrição do acOrdo de transmissão com a cláusula de resolução, ou de preferência, se exercida a pretensão. O pacto de melhor comprador é só de eficácia entre os figurantes (art. 1.158, parágrafo único, 2.~ parte). O pacto comissário (art.

1.163) é de resilição.

A ação real iria também contra terceiro e foi isso o que colimaram alguns juristas dos séculos passados. Nos séculos XVII e XVIII, foram discutidos em Portugal os textos de M.BEiiLxcHIus *(Conclusiones practicabiles,* II, c. 2, n. 11), M. DE CORTaDA *(Decisiones,* d. 149, n. 56) e J. P. FONTANELLA *(Decisiones,* d. 79 e 80), todos empenhados em mostrar a realidade da ação; mas o pensamento luso-brasileiro resistiu e acabou por assentar a doutrina.

§ 1.600. Perda da propriedade e prescrição

1.ENCÓBRIMENTO DE EFICÁCIA E DESAPARIÇÃO DA EFICÁCIA. ~ preciso que se não confunda a perda da propriedade e o encobrimento da eficácia às pretensões à entrega da coisa, às pretensões reivindicatórias e possessórias. Pode acontecer que haja incorrido em prescrição de pretensão possessória ou reivindicatória o titular do direito de propriedade sem que haja perdido a propriedade. A Lei n. 2.437, de 7 de março de **1955,** art. 1.~, fixou em dez anos, entre presentes, a prescrição ordinária das ações reais, ou em quinze, entre ausentes, emendando, assim, o art. 177 do Código Civil, porém ainda exigiu prazo maior para a usucapião, ao emendar o art.

550: "Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o dominio, independentemente de titulo e de boa fé, que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de titulo para a transcrição no registro de imóveis".

Os prazos de prescrição e de usucapião somente coincidem se há, para se usucapir, justo título e boa fé (art. 551).

2.SITUAÇÃO DO PROPRIETÂRIO A QUE PRESCREVEU A AÇÃO POSSESSÓRIA OU (A REIVINDICATÓRIA. Se prescreveu a ação possessória, o dono do imóvel pode propor a ação reivindicatória, se essa não prescreveu, o que é difícil acontecer. Se prescreveu a ação reivindicatória, não perdeu, com isso, a propriedade o dono do imóvel, se bem que não possa ir tirá-lo ao possuidor. Todavia, se o possuidor deixa a posse, ou a perde, o dono do prédio que assume o poder fáctico reinstala-se na situação normal de senhor e possuidor.

Essa é a razão por que o dono do prédio pode ter interesse em adquirir, por ato do possuidor, a posse, ou suceder-lhe, a causa de morte, na posse. O dono do prédio, cuja ação de reivindicação prescrevera, herdando a posse (art.

1.572), ou recebendo-a do herdeiro, se legatário, passa a ter a posse do que é seu, podendo-se defender possessória e petitóriámente.

Se, perdendo o autor a ação de reivindicação, a decisão não declara não ser dono o reivindicante, ou com ela não se teve de julgar defesa, em que o réu se disse dono, tal sentença não faz coisa julgada material, de modo que é possível pleitear-se a ação declaratória positiva da relação de dominio, ou a própria reivindicatória. É preciso ter-se sempre em vista que a situação de quem perde ação de reivindicação em que se não declarou, na sentença, ser nulo ou ineficaz o registro da propriedade imóvel, por se não ter cumulado a ação declaratória ou não se ter defendido o réu com alegação de não--dominio, não é, sequer, a do reivindicante que sofreu prescrição da ação de reivindicação. Quem é dono só o deixa de ser se perde a propriedade em virtude de transcrição a favor de outrem (e, pois, de sentença de retificação), de renúncia transcrita, de abandono julgado, de execução forçada, de usucapião por outrem, ou de desapropriação ou de perdimento do bem, segundo o art. 141, § 31, 33 parte, da Constituição de 1946. Na ação de reivindicação, a que se não cumulou ação declaratória, ou em que o réu não alegou litispendência de ação de retificação, não se pode negar a relação de dominio com fôrça de coisa julgada.

Só há, aí, resolução (aliás resilição) da propriedade imobiliária segundo os arts. 647 e 648.

§ 1.601. Resolu$o do dominio

1.DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA REAL E EFICÁCIA PESSOAL.

No direito de hoje, os arts. 647 e 648 do Código Civil é que são *sedes meterias.* DOtes é que se podem tirar as conseqüência e as distinções. Diz o art. 647: “Resolvido o dominio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedido. na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha”. Está-se a supor que a propriedade se haja transferido sob condição resolutiva ou a termo resolutivo. Atribui-se à cláusula eficácia real, tanto que se admite a reivindicação. A realização da condição ou o advento do termo opera, *ipso jure,* a substituição subjetiva, pois que isso constava do registro, uma vez que se inseriu, no acordo de transmissão, tal cláusula, que foi transcrita com o resto. O acordo de transmissão não se fêz condicional, ou a termo, fêz

condicional ou a termo o direito que se irradie da aquisição por transcrição. O acOrdo produziu efeitos completos, mas a propriedade ficou em dois tempos, por distribuição subjetiva. Tal o direito brasileiro; e não se devem levar em conta discussões e doutrinas assentes em direito estrangeiro.

O sistema jurídico brasileiro conhece a propriedade divisa no tempo, se a superposição é oriunda de termo, ou de condição. Advindo o termo, ou implindo-se a condição, a propriedade deixa de ser de A para ser de B.

Convenhamos em que a extensão das espécies é maior do que se a lei apenas houvesse dado ao registro atribuir a eficácia real aos pactos de retrovenda e de melhor comprador (arte. 1.140-1.148, 1.158-

-1.162). Não cabem no art. 647 o pacto de preferência, que é estranho à noção de condição ou de termo, e o pacto comissório, que é de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único). No art. 648, diz o Código Civil:

"Se, porém, o dominio se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por titulo anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cujo dominio se resolveu para haver a própria coisa, ou seu valor." Observe-se que a propriedade resolúvel a que se referem OS arts. 467 e 648 é, rigorosamente~ propriedade *resiliva*, por se tratar de *ex nuluc.* o sistema jurídico brasileiro não concebeu propriedade que seja de A e passe a não ter sido de A; o que êle concebeu foi a superposição de propriedades~ no tempo: A transmite a E e, se acontece o ou chega t, a C, ou ao próprio A, ainda que B haja transmitido a O; A transmite a E, e ocorre que s~ resolveu o dominio por ter B sido réu, por exemplo, em ação de resolução de contrato de compra-e-venda então A recebe de E a propriedade, salvo se B a transferiu a O, que a adquiriu.

O direito que tem a pessoa a que se atribuiu a propriedade depois de alguma condição ou termo, de cujo advento resulte resilição, é direito expectativa registável subjetivo, real. Ésse ponto é da maior importancia no terreno da teoria geral do direito e do direito processual: é direito adquiridO, penhorável. arrestavel, sequestravel se relativo a imóvel, hipotecável. Direito expectativo~ e não simples expectativa. Se concerne a imóvel, os princípios do direito imobiliário são-lhe invocáveis.

No fideicomissO dos arte. i.733~1.74O, há o elemento germânico do

direito expectativo hereditário, o *ErbeflW(Lrtrecht* do velho direito alemão, direito adquirido e subjetivo, *real.* Por issa mesmo: a) o fideicoflhiflãflO teta asseguradO. com eficácia real, pela transcriçãO no registro de imóveiS, o seu direito expectativo de propriedade; b) no caso de alienação dos bens fideicomissos, opera-se a subrogação real; e) são ineficazes as alienações que o fiduciário não podia fazer (para além do tempo que começa com o implemento da condição ou advento do termo, são alienações de coisa alheia ao tempo do evento, podem ser reivindicados OS

bens e há reivindicação na espécie e), sendo objeto da reivindica~O o direito expectativo ofendido com o negócio jurídico nulo, se a posse do adquirente pode ofender O direito do fideicomissário.

O fiduciário recebe o bem, com o direito de propriedade diminuído de algo, com que se faz o direito expectativo do fideicomissário é titular de direito de propriedade que se vai, próvâvelmente, cortar, *no tempo.* Não é um usufruto, porque tem mais quanto ao dominio, se bem que uns sejam, para êle, ameaçados de morte. Todos os elementos do direito de propriedade estão com os fiduciários, mas temporalmente limitados. Assim, pode o fiduciário hipotecar, alienar, locar e transferi? a exploração do bem fideiconhitidO. (Se o testador gravou com cláusula de inalienabilidade o direito do fiduciário, ou o dele e o do fideicomissário, é outra questão. que se não pode misturar com a da normal alienabilidade pelo fiduCiário.)

O direito expectativo do fideicomissário é real, penhoravel, arrestável, empenhável, ou, tratalidose de bem imóvel, lxipotecável (O. WARNEYS. *Komm6flt..)*

Só há fideicomissos em testamento, e por lei especial. A propriedade resolúvel dos arts. 647 e 648 é sem o elemento fiducial.

3.TERRAS DEVOLUTAS E PROPRIEDADE. Tratando-se das terras devolutas (Tomo XII, §§ 1.418 e 1.419), o Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 5□O, parágrafo único estatuíu: “A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitas por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei”. Todos êsses requisitos são pressupostos para existir ou para ser válido o título; não para a sua eficácia. “Condiciona” é, aí, termo impróprio, por ser a técnico o sentido.

Se o posseiro não aproveita a terra, ou nela deixa de morar, ou o mesmo acontece a êle e ao preposto, pode ser pedida a resilição do ato jurídico administrativo. A resilição é por inadimplemento ou por adimplemento ruim.

4.PRÉ-CONTRATOS E CONTRATOS DE COMPRA-E-VENDA DE LOTES. Espécie de propriedade resolúvel é a que se prevê no art. 12 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. Lê-se no art. 12: "Subentende-se no contrato a condição resolutiva da legitimidade e validade do título de dominio". No § 1º: "Em caso de resolução, além de se devolverem as prestações recebidas, com juros convencionados, ou os da lei, desde a data do pagamento, quando provada a má fé, direito à indenização de perdas e danos". Dir-se-á que, tendo terceiro direito sôbre o bem, a perda em ação de reivindicação acarreta responsabilidade do alienante da coisa alheia, sem se precisar da categoria da condição resolutiva subentendida ou tácita, tanto mais quanto haveria a resolução por inadimplemento, baseada no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil. A lei estabeleceu a resolutividade segundo o art. 12 do Decreto-lei n. 58 quando *ainda* não se reivindicou o bem, nem se pode dizer que o pré-

contraente ou contraente vendedor do lote de terreno não haja adimplido o pré-contrato ou o próprio contrato.

Melhor do que a figura da condição resolutiva subentendida, de que fala o art. 12 do Decreto-lei n. 58 *(verbis*

"subentende-se"), seria, na espécie, a figura da responsabilidade pelo adimplemento ruim (Tomo II, § 174), com a conseqUência da resolução por inadimplemento, pois que adimplemento ruim inadimplemento é.

CAPITULO IV

RENÚNCIA

§ 1.602. Dados históricos

1.VISIGÓTICO E DIREITO ROMANO. A renúncia & propriedade imóvel é fato raríssimo na vida econômica de qualquer país. No Codex

Theodosianus fala-se de *praedia de.serto.* ao tempo da queda do império ocidental. Na L.

8, C., *de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur,* 11, 59, lê-se: "Quem se apressa em cultivar campos desertos pelos donos (agros domino cessante desertos desertos por cessação do dominio desertos por abandono), quer em proveito próprio, quer público, situados longe ou limítrofes (longe positos vel iii finitimis), saiba que nossa resposta se junta à sua vontade: mas de jeito que, se nôvo cultivador se estabeleceu no terreno vacante e destituído (si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit) e o antigo dono; dentro do biênão, houver querido revogar para seu direito, obtenha faculdade sObre o lugar próprio, restituido primeiramente o que constituiu despesa. Porque, se passou o tempo do biênão, carece de tOda posse e do minio o que ficou silente". A terminologia é confusa, sem rigor técnico. Na L. 11, algo de nôvo se diz: "Chamados por edictos, volvam dentro de seis meses os donos dos terrenos. Se se houverem apresentado, tenham os que lhes são próprios, e sejam obrigados a pagar as dívidas que pelo tempo passado hajam contraído. Se, com sua própria ausência, confessam que são incapazes para os tributos daqueles bens, e não houverem querido comparecer, permaneça inviolada a propriedade da posse em poder dos que tomaram a seu cargo tais coisas e prometem o cânon certo dos tributos, de modo que saibam que, logo que os hajam pago, se hão de livrar de inquietude, e não se lhes tirarão, por sub-repção de qualquer reclamação, os terrenos que houverem tido. Aos quais também concedemos que (só) se exijam os tributos desde o tempo em que primeiro houverem começado de possuir os terrenos de que se trata". A Lei 8 foi em 388-392. A Lei 11, em 400. Tacteia-se à procura de construção jurídica. Mais se regula a ocupação que a perda, sem se ter a coragem de afirmar, para todas as consequências, a perda desde logo. No fundo, mais importava o interesse do fisco; e os que redigiam tais regras jurídicas podiam não ser juristas.

No direito comum, falava-se de *derelictio* e de *occupatio;* e discutia-se a natureza de uma e outra, o que só nos vai interessar a propósito da propriedade mobiliária. A renúncia, própriamente dita, é negócio jurídico unilateral.

Porém livremo-nos de invocar textos romanos sObre a derrelicção, sabendo-se, como se sabe, que, para os Proculeianos, a *derelictio* era parte de contrato, oferta de tradição, que dependia de tomada de posse por outrem, até que os Sabinianos pensassem em termos de ato jurídico unilateral (Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit, L. 2, § 1, D., *pra derelicto,* 41, 7; PAULO:

"Julianus desinere quidem onxittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte", L. 2, § 1).

A derrelicção, no direito comum, era considerada negócio jurídico, como o fOra no direito justinianeu, com o *aMmus derelinquendi;* e dependia de ter a posse o proprietário; quem não era possuidor não podia derrelinquir (cf.

ULPIÁNO, L. 17, § 1, 13., *de adquirenda vel amittenda vossessione,* 41, 2). Bastaria esse ponto para se ver que a renúncia, a que se refere o Código Civil, no art. 589, II, não é a derrelicção do direito comum ou justinianeu, se bem que também ela seja negócio jurídico unilateral. Veja Tornos TI, § 159, ***iii*** *tine* (tabela), e III, 279, 1.

2. DIREITO BRASILEIRO. No direito brasileiro, a renúncia vem separada do abandono (art. 589, II e III), aquela, negócio jurídico, e esse, ato-fato jurídico. Ali, pode haver a tomada de Posse, com a usucapião, completado o tempo (não a *occuvatio,* segundo o direito romano). No direito germânico, havia a distinção entre a ocupação dos bens móveis e a aquisição pela comunidade quanto aos bens imóveis (O. VON OnERE, *Deutsckes Privatrecht,* II, 445 5.; ST0BBE-LEHMflq~ *Hand.buch,* II, ~ ed., 527; O. BEsam, *System,* 830). O que se passa no direito brasileiro merece tOda a atenção. A renúncia éperda da propriedade e o bem fica *res nuilius;* conserva..se, porém, o instituto do abandono, para se atender àqueles casos em que não houve a declaração unilateral, explícita, de vontade.

§ 1.603. Renuncia e perda da propriedade imóvel

1.RENÚNCIA E ABANDONO. O Código Civil distingue a *renúncia* e o *abandono.* O Projeto primitivo de Código Civil, art. 682, somente cogitava do abandono. A renúncia é a deixação de algum direito, pretensão ou ação, por meio de declaração de vontade que tenha por fito tal eficácia. A "renúncia" a favor de alguém ou é alienação, ou a alusão a alguém é supérflua (a lei ou algum título diz a *quem* aproveita). Quase sempre, a renúncia, *declaração unilateral de vontade,* tem de ser *recepticia.* Á renúncia pode suceder aquisição por outro~ porém a renúncia não contém transferência. Nem se confunde com a promessa obrigatória de alienar ou de renunciar a um direito (A. VON TUER, *Der Áligemeine Teu,* Ii, 265). Nem é enuncia o declarar que não se quer exercer o direito.

Mediante a renúncia, o direito, a pretensão ou a ação sai do patrimonio do renunciante, porém não entra, somente por isso, no de

outrem. Só se renuncia à ação, à exceção, ou à pretensão, ou ao direito subjetivo; não se renuncia a interesse que só objetivamente é protegido.

.2.EFICÁCIA DA RENÚNCIA. A renúncia ao dominio ou a qualquer direito real importa renúncia às pretensões e ações. Porém é renunciável o dominio sem algum dos seus elementos, como o usufruto; e renunciável o usufruto, ou outro elemento do dominio, sem renúncia total (cp. II. WALSMANN, *Der Verzickt,* 66). Pode-se renunciar à ação sem se renunciar à pretensao e ao direito; à pretensão, sem se renunciar ao direito (H.REICIjEL, Unklagbare Anspruche, *JkerLngs Jakrbiicker,* 59, 452); ao remédio processual, ou ao processo instaurado, sem se renunciar à ação, à pretensão e ao direito. Á exceção, sem se renunciar ao mais.

A renúncia a que alude o art. 589, ii, é a renúncia ao direito subjetivo de propriedade.

Não é renúncia ao direito de dominio (art. 589, II), ou a qualquer direito, ou pretensão, a renúncia à exceção de prescrição, que se possa opor ao adversário a respeito de algum direito. Se A reivindica e B, que tem defesa contra A, por ser seu, segundo o registro, o bem, e exceção de prescrição contra A, porque, se A fOsse o dono, deixara de propor a ação de reivindicação no prazo do art. 177, 2.~ parte, a renúncia de B à exceção não é renúncia à propriedade, nem, sequer, à pretensão reivindicatória.

1

3.EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA. A renúncia ao dominio, declaração unilateral de vontade, faz-se perante o oficial público, se a alienação exigiria escritura pública; em qualquer caso, tem de ser *registada.* Essa formalidade é essencial à eficácia da desconstituição do direito real (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178: “No registro de imóveis será feita: *b)* a transcrição: X para a perda da propriedade imóvel, dos títulos transmissíveis, ou dos atos renunciativos”). É, de regra, receptícia. Receptícia é sempre, por exemplo, se o bem imóvel se acha em questão e aquele em cujo nome se acha o imóvel requere que se lhe tome por termo a renúncia e pede ao juiz que ordene a baixa, cancelamento ou transcrição da renúncia. Se não foi recebida, a renúncia é revogável até que se registe, porque não teve eficácia real.

4. RENÚNCIA À PARTE INDIVISA. A renúncia do condOmino à parte indivisa não aproveita aos outros condôminos. Não se lhe pode

atribuir conseqUência da doação ou da venda. No entanto, alguns juristas brasileiros falam, aí, em consolidação, o que orça pelo mais gritante absurdo. No direito brasileiro, se A renuncia ao têrço da propriedade, que lhe cabe, no terreno pertencente a êle, a B e a O, perde A a propriedade, sem que o têrço passe a B e O. Se, no edifício de apartamentos, A, dono de um dos apartamentos, renuncia à propriedade dele, não passam a ser donos os outros comuneiros, e quem, posteriormente, venha a adquirir, por usucapião, o apartamento que pertencera a A, adquire o apartamento, *stricto seneu,* e as partes indivisas que sejam partes integrantes do apartamento. Dá-se o mesmo em se tratando de renúncia a frações de frações.

Quanto à herança, foi preciso que a lei concebesse regras jurídicas especiais, segundo as quais se dá o *acrescimento:* "Na sucessão legitima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe, e, sendo êle o único desta, devolve-

-se aos da subseqUente" (art. 1.589); "Verifica-se o direito de acrescer entre co-herdeiros, quando êstes, pela mesma disposição de um testamento, são conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados" (art 1.710); "Aos co-legatários competirá também êste direito, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa, ou quando não se possa dividir o objeto legado sem risco de se deteriorar" (art. 1.710, parágrafo único) ; "Se um dos herdeiros nomeados morrer antes do testador, renunciar a herança, ou dela fOr excluido, e bem assim se a condição, sob a qual foi instituido, não se verificar, acrescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto à parte dos co-herdeiros conjuntos" (art. 1.712). Veja Tomo XII, § **1.300, 8** e 7. Só a *lez specialis* pode estabelecer *jus adorescendi.*

5.RENÚNCIA A ELEMENTOS INSEPARÁVEIS. Não se pode renunciar a elementos do dominio que, com a renúncia, seriam direitos reais desconhecidos pela lei: estaria alguém a renunciar ao conteúdo do direito de propriedade (H. WALSMANN, *Der Verzicht,* 76). Ainda o que constituiria servidão predial contra o renunciante não poderia ser objeto de renúncia: o negócio seria com declaração bilateral ou plurilateral de vontade, e não com declaração unilateral de vontade. Poderia ser construído, talvez, como de constituição de servidão, cabendo, segundo os princípios, *conversão.*

6.RENÚNCIA E NOVA AQUISIÇÃO. RENÚNCIA EM JUÍZO. Renunciando alguém ao bem imóvel e fazendo transcrevê-lo, quem primeiro o ocupe lhe adquire a posse. Porque, com a renúncia

registada, o bem fica adéspota.

A espécie rege-se pelos arts. 530, III, 550-553, do Código Civil, e não pelo art. 589, § 2.~. Ésse ponto é da máxima relevância: após a renúncia e a transcrição, pela qual o direito real do renunciante desaparece, o bem estêve como objeto de direito de dominio no registro e já agora ninguém figura como seu dono. Se alguém o possui, com algum titulo e justa causa, durante os apos necessários à usucapião, pode já ser dono dele, porém isso nada tem com o que ocorreu com a renúncia. Proposta e ganha a ação de usucapião, para a qual já se não exige a citação pessoal da pessoa que renunciou, se foi transcrita a renúncia, a sentença declaratória nada tem com o que fôra a propriedade do renunciante até renunciar e transcrever.

Quando alguém, que é réu em ação sôbre dominio, renunda à propriedade, nem por isso se faz dono, desde logo, se o não era, o pleiteante. Renúncia não é reconhecimento de direito alheio, nem transferência, nem confissão. Se, com a renúncia, a atividade do autor sôbre a coisa fica livre (ou mais livre), isso se deve, tão-só, „à eficácia reflexa do negócio jurídico. Se o autor não era dono, nem por isso se torna dono. Se tinha tempo suficiente para usucapir, a sentença dar-lhe-á ganho de causa. Se não lhe basta, terá de esperar que se complete, retirado da luta quem poderia embaraçar-lhe a posse ou interromper-lhe o correr do prazo.

Acima dissemos que, renunciando alguém a bem imóvel (elipticamente, porque, em linguagem não elíptica, se há de dizer “renunciando alguém ao direito de propriedade sôbre bem imóvel”), e fazendo transcrever-se a renúncia, quem primeiro o ocupe lhe adquire a posse. Tratar-se-ia de *tomada de posse* (art. 493, 1). Isso não significa que a) o dono não possa renunciar à propriedade sem renunciar à posse, ou não possa renunciar à propriedade e abandonar a posse e ser o primeiro a tomar a posse do bem tornado adéspota, ou *c)* não possa abandonar a posse sem renunciar ao direito de propriedade. Se ocorre a), o renunciante deixa de ser dono, mas continua possuidor. Se acontece lO, há o negócio jurídico da renúncia à propriedade *mais* o ato-fato jurídico do abandono da posse (cf.

quadro dos fatos jurídicos em geral, no Tomo II, § 159, *in tine).* Se se dá *c),* apenas há o ato-fato jurídico do abandono da posse, sem qualquer negócio jurídico referente ao direito de propriedade. Em *b),* que é a espécie de afastamento mais completo, cabe a subespécie do dono que renuncia à propriedade e, sendo o bem de usufruto de outrem, ou locado a outrem, e locado pelo usufrutuário a êle, ou

sublocado a êle, continua como possuIdor imediato, pois só renunciara *à* posse mediata própria. Em vez de abandono da posse mediata própria, ou da posse plena, pode haver tradição, quanto à posse, e renúncia quanto à propriedade.

§ 1.604. Poder de renunciar e direito à transcrição

1.RENÚNCIA E TRANSCRIÇÃO. Não há discutir-se o direito do renunciante à transcrição da renúncia, pois que, a respeito, o art. 589, § 1.0, é explícito.

Os credores podem alegar a fraude contra êles, ou a ineficácia relativa, segundo os princípios que regem a falência, anulando-se o negócio jurídico de renúncia ou declarando-se a sua ineficácia quanto à massa falencial (cf. P.

JAECKEL, *Die An.fechtung von Recktshandlungen,* 120; H. RBASNOPOLSKI, *Das An/ech.tungsreeht der GWubiger,* 45 e 66; A. MENZEL, *Das Ánfechtungsrecht des GWubigers,* 67), o que é sem dificuldades no direito brasileiro, porque não se tem a ocupação de bens imóveis.

2.RENÚNCIA E DIREITO Á RETIFICAÇÃO. Se alguém, que não constava do registro de imóveis, mas tinha direito à retificação e à inserção, renuncia, a renúncia tem de ser transcrita, importando em renúncia à pretensão à retificação. Se quem renuncia consta ao registro, porém não é quem devia dele constar, o verdadeiro dono pode pedir a retificação, sem que a renúncia possa atingir seu direito (H. KUEHN, *Verlust und Erwerb des Ligentume an Grundstitcken durch Verzicht und Aneignung,* 17y. Se a renúncia é quanto a parte do imóvel e a divisão é possível, tem-se de primeiro proceder à divisão, com as formalidades registárias; porque o que consta do registro éuma *res* (cf. KRANICHFELD, *fie Aul gabe des Eigenturns ata Grundstiicken,* 20). A transcrição torna não-proprietário o renunciante e nenhum ato dele pode ser admitido, por ter, antes, constado do registro (W. CAsrns, *Erlass und Verzicht,* 87; A. KLUMPP, *Das deutsche Grundbuchreckt,* II, 1376). De modo que os direitos antes conferidos pelo renunciante não mais podem ser registados. As pertenças somente são tornadas *resnuilius* se o dono delas é o renunciante e se é de entender-se que a elas também renunciou.

O renunciante tem a mesma pretensão à retificação do registro que teria o alienante quanto à transcrição do acordo de transmissão.

3.PRÉ-CONTRATOS E CONTRATOS, PRETENSÃO A LIBERAR-SE.

Quando o sistema jurídico dá ao pré-contraente alienante ação para a conclusão do contrato prometido, ou para o depósito da coisa a que se haviam de referir o contrato e o acordo de transmissão, o depósito julgado pelo juiz tem efeito semelhante ao da renúncia *à* propriedade, porque o autor perde a propriedade sem que a adquira, desde logo, o réu. E‟ o que se passa com a ação do loteador (Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 17; Código de Processo Civil, art. 347). A propriedade só se transfere com a transcrição. Em todo caso, a semelhança com a renúncia é só temporária, pois, com a transcrição, há, nas espécies de tais ações, aquisição derivativa, e não originária.

A mesma situação ocorre se o alienante, que não fêz acordo de transmissão, mas só o contrato consensual, constitui em *mora accipiendi* o outorgado, e deposita o imóvel, pedindo o adquirente a transcrição do julgado.

CAPÍTULO V

ABANDONO

§ 1605. Abandono e perda da propriedade imóvel

1.CAUSA, SEGUNDO O CÓDIGOa CIVIL, ART. 589, III. O Código Civil, art. 589, III, admitiu o abandono como uma das causas de se perder a propriedade imóvel. A resposta técnica que a lei brasileira deu ao problema apresenta certa originalidade. Para colhermos bem o seu pensamento e o conteúdo da regra, convém percorrermos, antes, a linha histórica e examinarmos, depois, porém antes da exposição da *lex lata,* as diferentes soluções que a técnica legislativa lhe mostrava, isto é, as respostas que poderia ter dado e não deu. É de estranhar que, após trinta anos, o Código Civil continue vitima de juristas que o lêem, como se estivessem de olhos fitos em escritores franceses, espanhóis e italianos e de esguelha lhe lançassem, escassas vêzes, olhares rápidos. Pouco se lhes dá que a lei diga o que êles não têm na cabeça ou que não diga o que êles estão lendo.., nos livros estrangeiros. O que se há de receber dos outros países, dos seus investigadores, é a *ciência,* é a *técnica cientifica,* não o direito positivo que êles elaboraram, para o sobrepor ao que elaboramos. Como se disséssemos: as máquinas para lazer automóveis ou os dados para

fazer as máquinas, e não os automóveis. O que certos juristas fazem nos livros de doutrina nem é direito brasileiro nem direito estrangeiro; é mistura, liga alguma coisa que traduz a pretensiosa confusão dos seus espíritos, a vaidade de erudição superficial tão fácil quanto nociva. E certo colonialismo recente.

É possível que a perda da propriedade pela derrelicção sem aquisição por outrem tenha sido desconhecida nos primeiros tempos do direito romano (E. W. LEIST, fie *bonorum possessio,* 1, 271, cp. K. R. VON CzYHLARZ, em GLUCK, *Ausfiihrliche Erkiuterung der Pandekten,* Série 41-42, 1, 102 e 306). Mas é certo que se distinguiram, pelo menos depois, os dois atos, ficando sem qualquer ligação derrelicção e ocupação, senão no que o ser sem dono era elemento, como hoje, do suporte fáctico da ocupação. No direito brasileiro, mantêm-se os dois conceitos de *deserere* e *derelirtquere,* de *desertus* e *dereliotus,* expressos nos arts. 589, II e 1, e 592, verbo

"abandonada". Hoje, a ciência pôs claro que o abandono (art. 589, III) da propriedade imobiliária é ato-fato jurídico, ao passo que a renúncia é(art. 589, III, e § 1.0) negócio jurídico (W. CASPERS, *Erlass und Verzicht,* 37 e 40; E. F. ERUCE, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschtif te,* 173 s.). A renúncia à propriedade imobiliária pode, hoje, efetuar-se sem tradição e sem ato de abandono da posse (art. 520, 1), o que é ineliminável do conceito de abandono da propriedade imobiliária (cf. K. JACUBEZKY, *Bemerkungen,* 233). Quanto à ocupação, é fato, ato-fato jurídico, de que resulta direito, coisa diferente de ser exercício de direito e ter-se de discutir se é real ou não.

Seria, hoje, regressivo ter-se a derrelicção como causa de perda da propriedade pela ocupação, de modo que tal perda só ocorresse no segundo momento. Ésse pensamento proculeiano (cf. G. F. PUCHTA, *Kursus der fnstitutionen,* 151; E. DERNBURG, *Pandekten,* 1, *7~a* ed., 520, nota 2, e § 47) não foi recebido pelo direito moderno; todavia, o art. 589, II, e § 2.0, lembra-o e faz o "abandono" do imóvel não ser, de si só, declarável desde logo. ~Pode-se tirar daí que o fisco ocupe? Em vez disso, ,o fisco sucede derivativamente? Aqui, sim, poder-se-ia cogitar de direito de apropriação pelo fisco. Se houve o abandono, o Estado pode exercer os atos de preparação para adquirir, que são, também, atos de proteção da propriedade imobiliária abandonada, sem que isso baste para se ver no imóvel personalidade jurídica, ficção inadmissível de. 1(. HELLWIG *(Anspruch und Klagreoht,* 234; *Wesen und sub jektive Begrenzung der Reehtskra.ft,* 272; *Lehrbuch,* 1, 280), repelida pela ciência. ~ A quem representa o curador? Ao abandonante? Então, só-mente à data da devolução perde êle a propriedade. &Ao futuro adquirente, que é o Estado? Trata-se tia

nrocesso em que se apura se houve ou não o abandono. Mas há os credores reais e pessoais do abandonante, que podem pedir execução forçada do bem enquanto não é devolvido. Entendiam O. VON GIERXE *(Deutsches Privatrecht,* 11, 464) e HANS GoLDSCEMIDT *(Die Nachlasspflegschaft,* 81 e 168) que aí o curador representa o fisco; outros juristas o tinham como curador do abandonante e do Estado (cp.

ADAMKIEWICZ,

Der

Rechtsbegriff

der

Kuratel,

206;

OTTO

HACEN,

fie

Haftung

fiAr

Nachlassverbindlichkeiten, *Jherings Jahrbicher,* 42, 78).

Quanto à questão da anulabilidade (ou, em direito falencial, revogabilidade) do abandono, tem-se de responder negativamente, porque abandono, no direito brasileiro, ~é ato-fato. jurídico. Enquanto não se retira do registro o nome do abandonante, os seus credores podem executar-lhe o bem abandonado.

2.TRÉS SOLUÇÕES UMA DAS QUAIS É A BRASILEIRA.

(a) A propriedade, no direito romano, não podia, de regra, tornar-se sem dono. Se a *derelictio,* a derrelicção, tinha, de si só, o efeito de se perder a propriedade, sem ser preciso a aquisição por outrem, não podia ser questão resolvida a *priori,* porque no espírito peninsular lavravam filosofias diferentes. Fôra desconhecer-se a influência da gnoseologia e do subconsciente na estruturação dos institutos jurídicos pretender-se que os juristas saturados de concepção filosófica peripatética se acordassem com os juristas de convicções estóicas. Não houve a aceitação da antítese sabiniana da derrelicção bastante em si, nem ficou incólume até o fim a tese proculeiana da derrelicção ato do abandonante que só se completaria com o do adquirente. Escusado é dizer-se que a luta continua até nossos dias.

Em verdade, no seu apêgo às coisas, os Romanos resistiram a uma teoria do abandono ou a um *principio da suficiência da derrelicçâo,* tal como surgiu em tempos posteriores (cp. Código Civil brasileiro, art. 589, III, e §

2.0). Quando se encontra um LABEXO (L. 6, § 2, *ifl une,* D., si *servitus vina. dicetur,* 8, 5), que admitia o abandono de um fundo paras se fugir ao ônus de *servitus oneris ferendi,* o que se vê é apenas a consideração econômica das vantagens do dono. No fundo, como o direito grego, o

direito romano era seduzido pela con-.

cepção de uni *direito de propriedade* que, como o protoplasma, *se transmite e não perece.* Os direitos de propriedade seriam eternos. A solução labeônica a propósito de servidão *oneris ferendi* apenas reconhecia abandono a alguém, passagem, transferência: um sujeito que perde e outro que *logo* adquire.

(b)LAFAIETE RODRICUES PEREIRA *(Direito das Cotsas,* 1, 241) construiu a derrelicção do direito brasileiro como perda, à maneira sabiniana, e ocupação *posterior* por alguém: "A coisa abandonada se torna *res nuilius* e pode ser novamente adquirida pelo primeiro ocupante". Só isso. Nenhuma explicação. O preparo filosófico de LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA era bem escasso. Ressaltou-se-lhe a escassez nas polêmicas com SILVIO

ROMERO. Não podia ser o continuador de linha histórica que começara em Portugal, sob o influxo do nominalismo português a que se deve a vocação do Brasil à assimilação dos movimentos filosóficos e científicos norte-europeus, de que são exemplos a escola do Recife, a instituição do *habeas-corpw*", a simpatia pela escola de Viena e técnica legislativa, livre do Código Napoleônico, ainda em TEIXERA DE FREITAS.

(e)MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Notas de uso prático,* III, 189), mais informado, conheceu a questão que fôra tratada pelos juristas do *uso moderno* (se o bem imóvel derrelicto ia ao Fisco ou ao ocupante) e adotou solução no sentido de ir ao Fisco. No instante imaginário seria de ninguém; e vacante, para que o Fisco o recebesse. Pugnou por essa resposta, devido, segundo argumentava, às Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, §

17, que davam ao Fisco "todos os bens vagos, a que não é achado senhor certo". Nem sabemos como poderia LAFATETE RODRICUES PEREIRA sustentar p que pensava se tivesse lido o texto reinícola.

(d)O Código Civil, art. 589, III, e § 2.0, estabeleceu o lapso entre a perda (o que sublinha a concepção sabiniana) e a aquisição pelo Fisco, *dez anos depois.* É claro que, nesse intervalo, pode ocorrer a usucapião por outrem; e ao próprio possuidor com elementos para futuramente usucapir cabe defender a sua posse contra a intromissão do Estado, máxime se afirma e prova que o abandono foi de má fé para se não defender contra o possuidor.

(e)A solução alemã foi a da renúncia não abandono perante o registro

(= ante o oficial do livro fundiário).

Pode-se renunciar à propriedade sem se renunciar à posse (J. BIERMANN, *Sachenreckt,* 194). Não há o lapso de dez anos, em que o proprietário abandonante deixa de ser proprietário sem que passe a ser dono o Estado, como preferiu o Código Civil brasileiro, art. 589, § *2.Õ.*

§ 1.606. Eficácia do abandono

1.USUCAPIÃO DO PRÉDIO ABANDONADO. Se alguém propôs, ou tem a propor ação de usucapião e a propõe antes de terminar o prazo do art. 589, § 29, do Código Civil, não se opera a passagem ao dominio do Estado (União, Estado-membro Distrito Federal) ; e a pessoa jurídica de direito público é parte (litisconsorte necessária) na ação de usucapião.

Durante o processo do abandono, os que têm o uso do imóvel, como o locatário, permanecem na posição jurídica em que se achavam. Os seus direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações são os mesmos. Se o Estado recebe o bem, o contrato de locação persiste como persistiria com o sucessor hereditário do locador. A relação jurídica transmite-se se a lei, na espécie~ ordinária, assim o entende. Se bem que não sejam reais as pretensões (cp. J.

SCHUHMACHER, *Das landwirtschaftlicke Packtrecht,* 42) o Estado não tem qualquer privilégio, nem a lei nova poderia ferir o direito adquirido.

O direito do Estado, após o abandono, é direito expectativo. O ato de arrecadação, que é o ato processual do art.

591 do Código de Processo Civil, porque à arrecadação do bem como "vago" se referiu o art. 589, § 29, do Código Civil, apenas acautela: a medida constritiva somente supõe que se ignora de quem seja, ou que os atos, positivos ou negativos, do dono se *podem* ter como de abandono do direito de propriedade, previsto, como caso de perda, no art. 589, III, e § 2.0, do Código Civil. A constrição não implica qualquer direito ao bem, por parte do Estado. Se, ao ser arrecadado, no imóvel se encontra possuidor próprio, ou impróprio, é de ser-lhe respeitada a posse, segundo os princípios; após a arrecadação, qualquer tomada de posse é contra direito, porque a arrecadação significou tomada de posse pelo Estado, posse imediata não-própria. A posse anterior à arrecadação não se torna de má fé por ter sobrevindo

a arrecadação e o possuidor tem, em tal espécie, legitimação para alegar o que entenda perante quem arrecadou e para propor a ação declaratória positiva da posse. O tempo para usucapir pode completar-se.

Sôbre o direito expectativo do Estado, Tornos 1, § 46, 4, XI, § 1.178, 6, e XII, §§ 1.800, 8 e 1.301, 2, 8.

O direito expectativo do Estado, na espécie do art. 589, III, e § 2.0, só existe se houve, verdadeiramente, abandono. A medida do art. 591 do Código de Processo Civil foi apenas cautelar. A constrição foi sugerida por se não saber, ao certo, se houve, ou não, abandono, razão por que não há arrecadação do bem a cuja propriedade se renunciou. Nem qualquer direito do Estado a êle. Se o Estado entende tomar posse do bem imóvel a que alguém renunciou pode fazê-lo como qualquer particular. Não há regra jurídica que lhe haja criado direito expectativo.

Se ficar apurado que não houve abandono do imóvel, nenhum direito teve o Estado; e os atos jurídicos do proprietário, a que se atribuira o ato-fato do abandono, existem, valem e são eficazes, segundo os princípios. Se alguém estava de posse do imóvel, o ato da arrecadação de modo nenhum tem importância para a declaração dessa posse, e as pretensões possessórias e petitórias do dono são as mesmas que teria se não tivesse havido a arrecadação.

2.O abandono da propriedade não tem eficácia completa, *erga omites,* se não se deu baixa no registro. Proprietário é, para terceiros, quem consta do livro fundiário.

O oficial do registro não se pode recusar à transcrição do ato divestitivo. Feita a transcrição, o imóvel não mais pertence, para quaisquer efeitos, ao derrelinquente ou abandonante; se bem que possa, como todo negócio jurídico a título gratuito, ser atacado como inválido - (nulo ou anulável). É nulo ou anulável nos mesmos casos em que o seria a doação do imóvel.

8.NÃo HÁ CONSOLIDAÇÃO ENTRE CONDÔMINOS. Se o condômino abandona a sua parte indivisa, não a adquirem os outros condôminos, O direito brasileiro não possui a regra de decadência, que a L. 4, C., *de aedificiis privatis,* 8, 10, admitiu. O condômino devedor que não paga a dívida das despesas comuns não sofre tal decadência, nem cabe abandonar a parte indivisa aos outros condôminos. **Ã** parte indivisa abandonada passa, dez anos depois da arrecadação, ao Estado (Código

Civil, art. 589, III, e § 2.0). **A** aquisição por usucapião, se algum condômino, ou estranho, vence a ação, é outro problema.

O abandono da propriedade não se presume. Tem de ser

afirmado e provado. Porém a prova do abandono não é só o escrito, nem, tão-pouco, só a escritura pública. O

Código Civil, art. 589, § § 1$ e 2.~, é insofismável em reconhecer a eficácia do abandono antes ou independente de registro. CARLOS MAXIMILIÃNO *(Condominão,* 57) que confundiu, aqui e ali, "renúncia e "abandono", conceitos que a lei adotou, exige ao abandono a escritura pública. ~ Qual seria então a diferença entre a renúncia e o abandono? Para a exigência da escritura pública cita o art. 184, II, que não cogita, ~e modo nenhum, do abandono *(verbis* "nos *contratos* constiutivos oU transíativos de direitos reais...") Também a sua afirmação de que se revoga o abandono se a obra projetada não se fêz, ou a despesa não se realizou, é sem pertinência. Não há revogação do abandono, porque não se concebe *abandono a alguém.* Influência de TOuLLUZ,C. DEMOLOMBE e outros, que aliás chamavam "abandono" a fatos de construção de meia. O direito brasileiro não possui os arte. 656 e 667 do Código Civil francês, sem os quais as proposições de CARLOS

MAXIMILIANO *(Condominão,* 58) são inaceitáveis. É sempre contra os bons métodos de interpretação das leis ir buscar enunciados de doutrina estrangeira que são cozi-. seqUência de regras escritas, especiais, *que não temos.*

O nosso direito, a respeito, é inconfundível com o dos outros povos. Evitemos confusões.

Quem renuncia atua como agente de negócio jurídico unilateral de disposição, pelo qual o bem se torna *nultius;* ao que, pelo abandono, o bem cai sob a situação jurídica prevista no art. 589, § 2.0, do Código Civil, com a posição provisória e, afinal, definitiva do Fisco, O Fisco não se faz dono, desde logo, embora desde logo haja perdido a propriedade o abandonante. O lapso é para verificação do ato-fato jurídico (isto é, se *houve, ou não,* abandono).

O terceiro que se aposse de prédio abandonado não está na mesma situação do que se apossa de prédio renunciado.

A renúncia, ainda antes de transcrita, dá ao possuidor, contra o renunciante, a objeção. No abandono, o possuidor encontra o Estado,

que ainda não é dono, porém já está autorizado a arrecadar o bem abandonado.

Se o "abandonante" renunciou e fêz transcrever-se a renúncia, ou em verdade renunciou e só impròpriamente chamou abandono à renúncia, ou o seu ato foi de abandono e a renúncia é tardia; apenas confirmativa do abandono, com a eficácia *erga omites* do registro (acima, n. 4).

Nem o abandono nem a renúncia admitem, conceptualmente, bilateralidade. Não há alienação; não há alguém que abandone, ou que renuncie, e alguém que adquire. A aquisição por outrem nada tem com o ato do abandonante, ou do renunciante. Entre si, renúncia e abandono são distintíssimos: um é negócio jurídico unilateral; outro, ato-fato jurídico.

CAPITULO VI

AQUISIÇÂO POR OUTREM

§ 1.607. Usucapião e aquisição por lei especial

1.PERDA DA PROPRIEDADE POR INCIDÉNCIA DO PRINCÍPIO "DuoRUM IN SOLIDUM DOMINIUM

ESSE NON POSSE". Se nasce a outrem o dominio, dono deixa de ser quem o era. Não podem duas pessoas, ou mais, ser donas *in solidum,* quer dizer no todo e exclusivamente da mesma coisa. Se A é dono e B édono, ou o são "pro diviso" ou "pro indiviso": então, em qualquer das espécies, A só é dono de parte domínica e B só é dono de parte domínica. Se A já era dono exclusivo (= êle só) e alguém adquiriu dominio, ou essa pessoa, B, adquiriu *pan dominica,* perdendo A, correspondentemente, essa *pars dominica,* ou essa pessoa, E, adquiriu o todo do bem e A perdeu toda a propriedade. Não há terceira solução (Tomo XI, § 1.192, 3; e Tomo XII, § 1.273, 1).

2.USUCAPIÃO E PERDA DA PROPRIEDADE. A usucapião é modo de adquirir; não é modo de perder o dominio. Mas, se alguém usucape, ou o bem era *nuilius,* ou alguém perdeu a propriedade. Subjetivamente, ao usucapiente não importa se o bem era *nuilius,* ou se não no era: satisfeitos os pressupostos da usucapião, opera-se ela,

ipso iure; a sentença de usucapião é só declaratória. Todavia, podem surgir situações dignas de exame: a) Se A usucapiu, mas B, que era dono, continua a constar do registro como proprietário, e A não exerce a ação de usucapião, vindo a perder a posse, o registro passa a corresponder à realidade, se A nos dez anos de posse de E não exerce a ação de usucapião. *b)* Se B exerce a ação de usucapião, alegando que A tomara posse, injustamente, o juiz não pode deixar de julgar a usucapião, porque a aquisição por B, *ex hypqthesi,* se operou, e a posse por A, tornando possuidora quem consta, pelo registro, ser proprietário, não tornou incólume à eficácia da ação de usucapião a situação de A, que, com a usucapião por B, deixaria de corresponder à realidade, o) Se B, em vez de propor a ação de usucapião, exerce a ação possessória contra A e A lhe vem com a exoeptio *dominii,* E pode objetar que A deixara de ser dono, em virtude da usucapião, mas sua objeção há de ser recebida como *replicatio* de prescrição da ação reivindicatória, salvo se a lei processual permite a ação de usucapião em exceção. *d)* Se E

usucapiu, mas C está de posse da coisa, tem E de propor a ação possessória contra C, e a ação de usucapião contra A e todos os interessados. Nunca se há de olvidar que a ação de usucapião é declaratória e a sentença somente faz coisa julgada material entre as partes. Daí a necessidade de procedimento edital, para que a declaração tenha a extensão eficacial que tem o direito real declarado (= coincidam extensão subjetiva passiva da coisa julgada material e conteúdo da declaração).

Se A adquiriu a propriedade por usucapião, continuando E, no registro, como dono, e vindo a tomar posse do que perdera, A tem as ações possessórias e terá a de reivindicação, após o trânsito em julgado da sentença na ação de usucapião, se não preferir propor, cumulativamente, com o rito ordinário, as duas, a de usucapião e a de reivindicação.

§ 1.608. Direitos formados, direitos formativos e pretensões à aquisição 1.DIREITOS FORMATIVOS À AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO. Quando alguém tem direito formativo a adquirir propriedade, a aquisição pelo que o exerce importa em que a perca aquele que era dono. Às vêzes, há, apenas, pretensão à aquisição, de natureza obrigacional, e então não há de pensar-se em aquisição sem alienação: ou o obrigado a presta, ou não a presta e sofre a execução. Outras vêzes a pretensão é a que o juiz constitua a aquisição, o que, não dependendo da vontade do dono, evidencia que se trata de pretensão

ligada a direito formativo.

2.EXEMPLIFICAÇÃO. Lê-se no art. 698 do Código Civil:

"Todos os aforamentos, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis trinta anos depois de constituídos, mediante pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu

contrato renunciar o direito ao resgate, nem contrariar as disposições imperativas dêste capítulo". Tem-se, aí, exercício de direito formativo, com as conseqUências da aquisição pelo titular exercente e da perda da propriedade pelo senhorio.

Os contratos de opção dão outro exemplo. O titular do direito formativo torna-se dono com o exercício e a formalidade registária, atos independentes da vontade do dono perdente.

3.DIREITOS FORMADOS E PERDA. Há direitos que se formam a outrem, a respeito do bem imóvel, sem que haja, da parte do dono, alienação, renúncia, ou abandono, usucapião ou exercício de dIreito formativo. São, todavia, casos de perda *parcial.* O álveo abandonado do rio público ou particular pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens sem que tenham direito a indenização alguma os donos dos terrenos por onde as águas abrirem nôvo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo (art. 544).

Assim, se o álveo passou a ser onde era terreno descoberto necessariamente perdeu trato de terra o dono de tal terreno, porque o meio de álveo se deslocou. Se houve avulsão (art. 541), pode o dono do prédio que foi desfalcado reclamar do que se enriquece com a terra a volta, nascendo a êsse o direito formativo à aquisição *(verbis* "cabendo a êste a opção entre aquiescer a que se remova a parte acrescida, ou indenizar ao reclamante").

Em todo caso, se não há reclamação dentro de ano, da-se a incorporação definitiva, que é fato jurídico *strieto sensu,* nascendo ao dono do prédio favorecido direito à avulsão, com a perda que sofre o dono da terra avolta. Se houve aluvião (art. 538), houve perda parcial de propriedade.

4.PERDA DA PROPRIEDADE POR EXECUÇÃO FORÇADA. Na justiça de mão própria, era o credor que executava: retirava ao devedor o que êle havia de prestar, ou o que a isso equivalesse. O Estado sucedeu aos

credores nessa função de retirar do patrimonio do devedor a coisa devida, ou o valor que tem de prestar, pois que, devendo prestar por ato próprio, não o prestou. O lugar adequado para se tratar da execução forçada é no direito processual, razão por que remetemos aos *Comentários ao Código de Processo Civil,* antes dos arts. 882-

-1.016 e sob os arts. 882 e 883. A função do juiz que executa é função judiciária, e não de Poder Executivo. **A** execução, quer se trate de execução de títulos a que se conferiu eficácia executiva, quer se trate de execução de sentença, é ação executiva. Ação executiva tem quem tem pretensão executiva. pretensão de direito material, privado ou público, que se não confunde com a pretensão pré-processual à execução forçada.

A execução torna efetivo, através do Estado, por ato dele, em prestação jurisdicional, o adimplemento que competia ao devedor. Nem toda pretensão a que alguém preste coisa ou valor é pretensão exequível pelo Estado.

Dai perguntar-se se o que pede que o Estado execute forçosamente **(** = em lugar do devedor) pode exigir do Estado que preste. Nem sempre pode

o Estado prestar em lugar do devedor, ao simples pedido de execução. Por isso mesmo, além das pretensões nãomunidas de ação, **há** as pretensões não-munidas de ação executiva, razão por que se há de primeiro obter a sentença judicial com eficácia executiva (pelo menos *** de executividade).

A perda da propriedade ocorre quando o credor adjudicatário ou o terceiro arrematante, ou adquirente por compra-e-venda permitida pelo juiz, se a lei, na espécie, o permite, se torna dono da propriedade. Não importa se a ação executiva foi iniciada com incompleta cognição, ou se o foi com a cognição completa que se exprime na coisa julgada da condenação anterior.

Casos há em que o sistema jurídico permite o salto, o juiz, em vez de somente condenar a declaração de vontade, condena a isso e a cumpri-la desde logo, o que equivale a adjudicar (Código de Processo Civil, arts. 1.006, § 2.0, e 346; Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, arts. 16 e 22; Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.0). No momento em que transita em julgado a sentença segundo o art. 1.006, § 2.0, ou segundo o art. 346 do Código de Processo Civil, perde o direito de propriedade o dono do imóvel, se bem que ainda haja discordância entre o registro e a história jurídica do bem. As

inconveniências dêsse lapso são obviadas pela averbação do pré-

-contrato, nas espécies do art. 16 do Decreto-lei n. 58, ou a

inscrição nas espécies do art. **22** do mesmo Decreto-lei n. **58;** nas demais espécies podem ser pela inscrição cautelar da ação, conforme o art. **178,** *a),* **VII,** do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de **1939.**

É preciso nunca se perder de vista que o direito pode *existir* sem que a sua *eficacia* seja frente a todos. O plano da eficácia pode não coincidir com o plano da existência. Tal discordância ocorre, por exemplo, quando alguém herda o bem imóvel e ainda não se transcreveu a partilha, ou entre a adjudicação ou a arrematação e a transcrição da decisão adjudicatória ou de arrematação. Isso não quer dizer que um adquira antes de o outro perder, ou que um perca antes de o outro adquirir. Aquisição e perdas são simultâneas: um perde quando o outro adquire; e somente perde quando o outro adquire. A extensão da eficácia em relação a terceiro é outro problema, que se resolve segundo os princípios.

A carta de arrematação não é simples documento de prova, é decisão, sentença; o ato de arrematação é a *notitia.* A carta. de arrematação, como a de adjudicação, é o equivalente físico, bodierno, do *simbolo* da tradição (A. L. J.

MICKELSEN, *Oberie* festuca notata *und (fie germaniache Traditions-Symbolik,* 22; E. EEWEIt, *Sala, Traditio, Vestitura,* 44s.).

O registro põe-se em dia com a história jurídica do bem mediante a transcrição das sentenças de partilha, ou de adjudicação em inventário de herança, ou das cartas de arrematação ou de adjudicação, que são sentenças (cf.

Decreto n. 4.857. de 9 de novembro de 1939, art. 178, *b),* 1, IV, V, VI e VII).

Quando, em virtude de transação judicial, ou renúncia (ato de direito material!) envolvida em desistência da ação, devidamente trAnsita em julgado a sentença, se atribui a outrem que não a pessoa que consta do registro a propriedade do bem imóvel, a sentença *executa* ou apenas atribui ao que transigiu ou renunciou ao direito sôbre o bem *dever de declarar a transmissão,* o que tem de ser entendido segundo o teor da sentença e do negócio jurídico do direito material insito no ato processual. Se a sentença sóbre a transação ou renúncia apenas atribuiu dever, é *titulo executivo;* se o ato de direito material já continha o acordo de transmissão ou a declaração nos termos do art.

589, II, e § 1.0, do Código Civil, e a sentença o homologou, houve execução pelo devedor, homologada pelo juiz, ou, se houve renúncia, tem-se como extinta a pretensão do renunciante, mantido o *status quo,* no tocante ao outro litigante. A execução sentencial, em transação, é judicial, sem ser forçada, devido à dupla função, aí, do ato processual. Na elaboração dos atos de transação em juízo ou fora de juízo, é preciso ter-se todo o cuidado em não se empregar, tratando-se de litígio sôbre propriedade imobiliária, ou mobiliária, o termo "renúncia". **O** vulgo pensa que, se A renuncia a a e E renuncia, a *b,* há bilateralidade de negócio jurídico, isto é, a passa a B, e *b* passa a A.

Ora, a isso não levam duas renúncias enantiomórficas; duas renúncias, uma do autor e outra do réu, somente perfazem o interesse da transação se, com a renúncia de um, o outro litigante recebe aquilo a que se renunciou (o que somente ocorre em caso de acrescimento ou de consolidação, efeitos de *leges speciales).*

O executado por divida de imóvel, ou em imóvel, não pode objetar à transcrição da carta de adjudicação, ou de arrematação, que ainda não se transferiu a propriedade, nem, tão-

-pouco, opor-se a atos de disposição por parte do adjudicatário ou do arrematante, se não mais há embargos à adjudicação ou à arrematação, segundo o Código de Processo Civil, art. 1.011, ou se não foi desfeita a arrematação conforme o art. 979 do Código de Processo Civil, ou se não foram julgados contra o exequente os embargos.

CAPÍTULO VIl

DESAPROPRIAÇÂO

§ **1.609.** Conceito de desapropriação

1.O QUE É DESAPROPRIAÇÃO. Desapropriação é o ato de direito público, mediante o qual o Estado subtrai direito, ou subtrai a direito de outrem, a favor de si-mesmo, ou de outrem, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue.

No direito brasileiro, só a União legisla sôbre desapropriação, (Constituição de 1946, art. 5.~, XV, g), se bem que a autoridade desapropriante, segundo legitimação ativa, constante da lei federal, possa ser estadual, territorial, distrital, ou municipal. Por outro lado, é pressuposto necessário para a favorabilidade da decisão judicial que se haja indenizado, *prévia* e *justamente,* o titular do direito desapropriado no todo, ou em parte (Constituição de 1946, art. 141, § 16, □

1 a parte, *in une).* **O** direito

constitucional brasileiro não distingue entre propriedade imobiliária e propriedade mobiliária, a propósito de desapropriação. Não nos importa o fato de só ter sido concernente a imóveis a expropriação grega, ou em outros sistemas jurídicos, ou as leis ordinárias só se referirem a bens imóveis. O aluguer forçado *(aliter,* a prorrogação e a renovação de contrato, por estarem satisfeitos os pressupostos exigidos pela lei) é expropriativo; o dever de transmitir, sem ser em virtude de regra jurídica, que respeite o art. 141, § 1.0, da Constituição de 1946, é expropriativo; a privação de elementos da propriedade é expropríação.

Em alguns sistemas jurídicos, reserva-se à propriedade imobiliária o termo "expropriação", ou "desapropriação", mas, se, por um lado, é abusivo confundirem-se desapropriação e requisição, por outro lado o termo requisição é que, de conteúdo coativo, nem sempre se tem empregado sem equivocidade ou ambigUidade: há a) a requisição da propriedade, ou de algum direito, que se fêz, ou se faça com elemento dela, b) a requisição do elemento uso, ou outro elemento, e *c)* a requisição contemporânea para se levar a cabo algum plano econômico, ou financeiro, que haja atendido à Constituição e às leis. A primeira espécie é expropriativa; e a ela também se referiu o art. 141, §

16, L~ parte, *in une.* No direito germânico medieval, só se admitia a desapropriação das minas e diques. Os Municípios levaram-na mais longe. Sob a influência francesa, no século XIX, alastrou-se. A Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), art. 17, inseriu na Constituição a matéria: "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut être privé, si ce n‟est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l‟exige évidemment et sous la condition d‟une juste et préalable indemnité". Os outros Estados imitaram-no.

A desapropriação não é modo de adquirir; é modo de perder a propriedade. Não há omissão em o Código Civil, art. 530, deixar de

mencioná-la, quando trata da aquisição da propriedade imobiliária imóvel; nem nos arts. 592-622, que se referem à aquisição da propriedade mobiliária. Omissão há em se não mencionar a desapropriação como causa de extinção da propriedade mobiliária; e só se falar da extinção da propriedade imobiliária por desapropriação (arts. 590 e 591, que foram substituidos pelos arts. 2.o~6.o do Decreto-lei n. 3.865, de 21 de junho de 1941 e pelo art. 141; § 16, 1.a parte, *in tine,* da Constituição de 1946).

A entidade que exerce direito de desapropriação exerce direito formativo, cuja existência e extensão o juiz examina. Do exercício de tal direito resulta invasão da esfera jurídica do desapropriando, invasão permitida mediante indenização que a Constituição de 1946 exige ser prévia. Veja Tomo II, §§ 188-190.

2.CoNflITo **ENTRE O INTERÉSSE PÚBLICO E O PRIVADO.**

O fundamento da desapropriação está em que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, que se não previu em lei, se há de atender àquele, dando-se satisfação a êsse, indiretamente; o fundamento da exigência de indenização prévia e de decisão judicial já é estranho ao instituto, porque aquela diz respeito à necessidade de serem pelo menos simultâneas a perda da propriedade e a prestação do equivalente, e essa, à recomendabilidade do exame judicial do ato administrativo, antes de qualquer eficácia. A técnica legislativa não poderia, sem ofensa aos princípios gerais de direito, permitir a desapropriação sem o equivalente do que o sujeito passivo da desapropriação perde. Há invasão da esfera jurídica de outrem, que a lei só permite se observado o que ela estatul, a favor da instituição mesma da propriedade. O Estado fica a meio caminho do seu poder de polícia, ou do seu poder de lançar impOsto, e do seu poder como se fOsse pessoa particular. A Constituição e a lei apenas lhe criaram pretensão formativa extintiva, que se há de exercer mediante a satisfação de certos pressupostos materiais e formais. Tal pretensão o põe na situação de quem gere o que é de interesse geral (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). Interesse público e interesse privado teriam de ser tratados em pé de igualdade; no conflito, que há de ser apreciado devidamente, o interesse privado flecte-se, mas apenas para se permitir que se substitua ao *direito* o *valor.* Por ser mínima a superação, o direito relativo à desapropriação apresenta-se como a parte, mais parecida com o direito privado, de todo o direito público; e explica-se que ainda até pouco tempo discutissem os juristas a natureza dela (se publicistica, se privatistica). **O** interesse público não precisa ser ligado a determinada pessoa

(União, Estado-membro, Distrito Federal, Território, Município; pessoa de direito público, pessoa de direito privado) : pode ser o interesse do *corpus incertum,* do povo, que, constantemente, pelos nascimentos, mortes, imigrações e emigrações, muda. Nada obsta a que se desaproprie para ser do povo e de uso comum a coisa desapropriada.

No problema da desapropriação, *de lege ferenda,* tem-se de considerar o interesse público ou do Estado e o interesse do proprietário. No passado, não se pesavam os dois e quase se reduzia a convicção dos legisladores e juizes à proclamação da prevalência do interesse do Estado. Pensou-se mesmo em algo de sôbre-propriedade, que estaria acima e por cima da propriedade individual. Quanto à existência da desapropriaem Roma, nega-a P.

BONFANTE *(Corso di Diritto romano,* II, 230 s.), e afirma-a 1). **JÕES** *(Rtimisches Privatrecht, S.~* ed., **124,** nota 2). **A** tomada dos bens dos súditos, que os dirigentes romanos concebiam, não era desapropriação em sentido técnico. **Não** tinham êles a noção da liberdade individual que os Germanos tinham (cf. Orto VON GIERKE, *Johannes Ãlthusius,* 2.8 ed., 264; C. F. GRONHUT, *Das Enteignungsrecht,* 33), para os conter. A exigência da *justa causa* é que pode ser tida como o marco da moderna desapropriação. JASIO DE MAINO, a respeito da L. 3, D., *de officio praetorum,* 1, 14, exprimia a *communis opinão,* quando dizia: "Princeps ex causa potest res alterius privati auferre, sed non sine causa. Et iusta causa dicitur quoniam 1 it propter publicam utilitatem. Quando princeps aufert res privatorum propter publicam utilitatem tenetur pretium solvere". JEAN BODIN *(Les Siz Livres de la RépubUque,* 109) dizia: "La raison naturelle veut que le public soit preferé au particulier, et que les suj ecta relaschen non seulement leurs injures et vengeances, ainsi aussi leurs biens pour le salut de la Republique". E em tom político: "Et toutefois on doit chercher tous les moyens de recompenser la pert des uns avec le profit des autres: et s"il ne se peut faire sans trouble, on doit prendre les derniers de l"espargne, ou en emprunter". Melhor, F.

VASQUIXJS *(lilustrium Controversiarum,* 98) que frisa a necessidade de *causa publicae utilitatis vel necessitatis* e de *recompensatio* ou *rernuneratio domino iflius rei.*

3. CONCEPÇÃO PRIVATISTICA DA PROPRIEDADE. No plano da construção a *priori* do direito privadó, os direitos privados não poderiam ser desapropriados. Por isso, era preciso que o príncipe tivesse o *dominium eminens,* ou, mais amplamente e melhor, o *ins eminens,* e hoje é preciso que a Constituição permita a desapropriação, como fêz o art. 141, § 16, 1.~ parte, da Constituição de 1946: "É

garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro" (cf. art. 5, XV, *g).* A evolução do pensamento jurídico repeliu o conceito de *dominium eminerts,* em que se aludia a direito privado dos príncipes, para apontar no *ius eminens* apenas um dos direitos públicos ordinários contidos no *ivnperium.* No direito brasileiro, a Constituição Política do Império do Brasil (art. 179, § 22) já estabelecia:

"É garantido o direito de propriedade em tOda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprêgo da propriedade do cidadão, será êle prêviamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá, lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização".

(Quando falamos de *ius eminens,* de modo nenhum adotamos o conteúdo privatistico, que tinha, . de *dominium emznens,* ainda ressaltante em quem, dos primeiros, apontou a natureza publicística da desapropriação, H. A.

ZÃCHARIAE, *Deutsches Staats- und Buredesrecht,* li, 116 e 128. A expressão apenas serve a aludir a pré-seêncis, *à Hoheit,* ao *imperium,* que se exerce com a declaração de desapropriação e mais elerixentos componentes do ato de desapropriar.)

Quando a lei confere a entidade, que não é a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território ou o Município, o direito de desapropriar, entendem alguns juristas que se cria à pessoa outorgada, por lei, direito público *(e. g.,* **M.** LAYER, *Prinzipien des Enteignungsrechts,* **329;** contra O. **MAna,** *Deutsches Verwaltungsrecht,* **III,** § **33).** Em verdade, porém, somente nasce a pretensão contra o Estado, máxime no direito brasileiro, com o explícito art. 36, § 2.0, da Constituição de **1946.**

A lei de desapropriações pode prover a que a transmissão se faça a alguma empresa, em vez de à União, ao Estado-membro ao Território, ao Distrito Federal ou ao Município. *A fortiori,* a alguma autarquia, ou sociedade de economia mista. Todavia, quem desapropria ato de retirada da propriedade é o Estado (União, Estado-membro, Território, Distrito Federal, ou Município), e não *a* pessoa de direito privado ou público. O ato de exercício da pretendo à tutela jurídica é do Estado, a responsabilidade é do Estado. O que sofre a desapropriação nada tem, ai, com a futura titularidade do direito Os pressupostos da necessidade, ou utilidade pública, ou interesse público, têm de ser satisfeitos, objetivamente. Não importa, portanto, que se dê, pendente

o processo, a substituição daquele a quem se há de transmitir a propriedade.

4.PRESSUPOSTOS DA DESAPROPRIAÇÃO PERANTE A CONSTITUIÇÃO DE 1946. A desapropriação, para ser acorde com a Constituição, tem de ter fundamento em *necessidade pública,* ou em *utilidade .pública,* ou em *interésse social.* Se o ato de desapropriação, tal como se apresenta ao juiz (ato de exercício de direito formativo extintivo), não satisfaz a um dêsses requisitos, é contrário à Constituição de 1946. Se a lei admitiu alguma espécie que não cabe em qualquer dos três conceitos, é a lei mesma que é contrária à Constituição, como o próprio ato de desapropriação. Se a lei enumerou os casos de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, e o ato desapropriativo não se inclui em qualquer deles, há ilegalidade do ato, o que dispensa a justiça de só decidir por maioria absoluta, que a Constituição de 1946, art. 200, exige às decretações de inconstitucionalidade. A Constituição de 1946 não judicializou a decisão da desapropriação. Podia a decisão ser do próprio Poder Executivo, mas teria de haver o processo administrativo, com a fixação do valor, à semelhança do que se passa na justiça, e a prévia indenização. Se não fOsse criado o remédio judicial que apreciasse o ato, caberia o mandado de segurança, por invocação do art. 141, §§ 42 e 24. A tradição do Brasil é a ação de desapropriação. Se alguma lei, em vez de edictar regras jurídicas gerais, entende desapropriar determinado direito, a execução da lei tem de começar pela prestação da indenização prévia, mas isso não exclui a apreciação da justiça quanto a estar a regra jurídica, ou não, de conformidade com o art. 141, § 16, □

1 a parte, *in tine.* Também se pode dar que a lei prevista pelo art. 5.~, XV, g), exija que a cada caso preceda *autorização* legislativa. Então, a lei exige, na espécie, a lei especial, de modo que o exercício do direito formativo extintivo é, então, em parte, pelo Poder Legislativo, ficando ao Poder Executivo apenas o prestar a indenização prévia, ou a indenização prévia após a avaliação (se o próprio Poder Legislativo não ordenou a avaliação e não se baseou nela). A apreciação judicial (arts. 141, §§ **4□O** e 24, 101, 1, O, e II, a), 104, 1, 19, II, e 19, e 101, III) é ineliminável.

Em alguns sistemas jurídicos, discute-se se se há de admitir, ou não, a apreciação judicial da declaração de desapropriação e do seu conteúdo. Alguns a reclamam; outros não vão além da repulsa em caso de abuso manifesto. TOda essa discussão é de se afastar no sistema jurídico brasileiro. **O** art. 92 do Decreto-lei n. 3.365, que era contrário

à Constituição de 1937, múltiplamente o é desde a promulgação da Constituição de **1946** (arts. **141,**

§§ **4,0,** 16, l.ª parte, *in fine,* e 146).

A afirmativa de que ao Poder Judiciário não cabe apredar e julgar a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social, que se invoca, é fruto de tempos ditatoriais, que se mantém em mentalidades de juizes que sob a ditadura se formaram e foram feitos *(e. g.,* Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 14 de março de 1988, 1?. *dos T.,* 78, 276; 2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de maio de 1947, 168, 260, e 14 de dezembro de 1948, 179, 209, que faz tábua rasa do art. 141, § 42, da Constituição de 1946, para salvar o art. 92 do Decreto-lei n. 3.365; 6 **8** Câmara Civil, 8 de outubro de 1948, 177, 762).

5.NEGÓCIO JURÍDICO NA DESAPROPRIAÇ.LO. **A** desapropriação, ainda quando se dê a composição amigável segundo o art. 10, *verbo* "acOrdo", do Decreto-lei n. 3.365, não é negócio jurídico (P. LABAND, Die rechtliche Natur des Retracts und der ExpropriatiOn, *Árchiv flir die civillstiscke Praais,* 52, 169 a.; O. MATER, *Deutaches Verwaltungsrecht,* **II,** 3.~ ed., 128). Trata-se de ato de direito público com que se exerce o direito formativo extintivo. Ato jurídico *stricto sensu.* A questão de ser transferência ou extinção da propriedade com a possível constituição de outra nova, elimina-se, se se assenta, de inicio, que a desapropriação é *causa de perda,* e não *de aquisição:* o que adquire a propriedade não sucede àquele a que foi desapropriado (contra, K. HELLWIG, *Lehrbuch,* § 39, 5). Resta saber-se qual o título pelo qual o nOvo dono adquire. É a transcrição (Código Civil, art.

530, 1): por ela, há a perda da propriedade, conforme a sentença de desapropriação (eficácia negativa da transcrição) ; e a aquisição, *se de aquisição é o caso,* segundo os termos da lei, ou da declaração do desapropriante, contida na declaração de desapropriação, ou posterior, ou, ainda, anterior, por se tratar, em qualquer das três espécies, de outra declaração (eficácia positiva da transcrição). Se a desapropriação foi para a coisa ficar *extra commerdum* ou *nuilius,* não há a eficácia constitutiva positiva da transcrição:

§ 1.609. CONCEITO DE DESAPROPRIAÇÃO

só há a negativa, que é a da perda da propriedade (Código Civil, art. 590: "Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública"; Constituição de 1946, art. 141, § 16, ta parte, *in fine:* "ou por interesse social"). Tratando-se de bem para cuja aquisição não se precise de transcrição, ou outro registro, a aquisição é pela entrega da posse, ou outro fato suficiente, segundo a espécie. O que é preciso é nunca se perder de vista que a desapropriação, em si, tira, não dá.

A desapropriação nada tem de instituto jurídico misto, como pareceu ao Supremo Tribunal Federal (81 de janeiro de 1914, *R. de D.,* 88, 472), parte de direito administrativo e parte de direito civil e processual civil. Como instituto e como fato jurídico, ato jurídico structo seneu, a desapropriação é de direito público, e só de direito público, constitucional, administrativo e processual. O que é de direito civil é um dos seus efeitos, o principal deles, que é a perda da propriedade. É de visão superficial dizer-se, por exemplo, com RÃFÃm4 BIELSA *(Relaoiones dei Codigo Civil de Derecho administrativo,* 69 s.) que se rege, em parte, pelo direito constitucional, e, em parte, pelo direito civil. O direito civil não rege, de modo nenhum, a desapropriação; a desapropriação, já no plano da eficácia, atinge o direito civil, e a ela, somente por isso, tem o direito civil de aludir como um dos modos de perda da propriedade. Nem precisaria aludir a ela, como, em verdade, a ela não alude no tocante à perda da propriedade mobiliária, e ninguém por isso vai sustentar que a desapropriação não é um dos modos de a perder.

Desapropriação não é modo de adquirir. Por isso não se referiu a ela, como causa de aquisição, quer de propriedade imobiliária, quer de propriedade mobiliária, o Código Civil, e foi bem que assim procedesse o legislador de 1916. A afirmação de que o não fêz devido a "seu caráter extraordinário e híbrido", como faz M.

SEABRA FAGUNDES *(Da Desapropriação,* 12), é de refusar-se, por bilateralizar, contra os princípios, o ato e os efeitos desapropriativos: não se adquire por desapropriação, salvo se a doutrina do país ainda não se libertou de influência da concepção ultrapassada da compra-e-venda forçada. A necessidade pública, a utilidade pública, ou o interesse social pode existir, sem que tenha o Estado de chamar a si o bem, de apropriar-se dele.

Na desapropriação não há obrigação *ex lege* de dar. O desapropriado sofre a desapropriação, porque assim o permitem

a Constituição e as leis. Não dá; perde. Por essa perda, pelo fato de

outrem, recebe a indenização, que, no direito brasileiro, é prévia; não ofenderia à estrutura do instituto, e sim à regra jurídica constitucional, o poder ser posterior a indenização. Para os civilistas, era inadmissível que ato de direito público pudesse ter efeito tão profundo no direito civil como o de tirar a propriedade. Para os juristas que se dedicaram ao direito público, inclusive, depois, ao direito constitucional, não fôra menos de repelir-se isso, porque o direito civil é que lhes enchia a psique. As alusões a efeito de lei, ou de *lez apecialis,* ou de obrigação *sui generis,* resultante de receber o desapropriando a indenização (que aliás não era prévia, ou não no era necessAriamente), tinham de vir, como explicações que menos atendessem aos fatos do que ao intuito de não se quebrarem as convicções da mentalidade privatística. Mais cômodo parecia a alguns supor-se direito privado, preexistente, a desapropriar; de modo que a sentença do juiz apenas o declarava e atendia ao pedido executivo, adjudicando o bem. Verdade é, porém, que alguns, dentre os que viram a natureza publicistica do ato de desapropriar, foram demasiado longe e quase apagaram, ou totalmente apagaram, o direito público do Estado a praticá-lo, ou, melhor, o direito público de que o ato de desapropriar é exercício. A concepção dêsse ato administrativo, que determina o que há de ser o direito para o agente e a dever para aquele a que se dirige, é reminiscência de épocas autoritárias, em que aos atos de *imperium* não se via, por detrás, (ou não havia), qualquer limitação nem qualquer sustentáculo jurídico. Ora, ainda a respeito da criação de impostos, essa concepção não corresponde, ou não mais corresponde ao Estado de direito, as Constituições não deixam ao Estado qualquer ato se não cabe em alguns dos setores de competência legislativa, executiva e judiciária.

6.VEDAÇÃO DO USO E DESAPROPRIAÇÃO. Não constitui desapropriação a medida que apenas, no interesse público, vede certo uso do bem *(e.* o., Código Civil, art. 572, *ini une),* ou se inclua em direito de vizinhança. No Decreto-lei n. 3.366, o art. 36, alínea □a, diz que “é permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afi 1

nal,

por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização”; e acrescenta a alínea .a: “O expropriante prestará caução quando exigida”. Tal ocupação é expropriação temporária do uso e, até 2

certo ponto, eventual vedação de uso. Todavia, é preciso que se trate de terreno não edificado ou que não esteia em edificação, à qual o uso

pela administração pública crie óbices. Por outro lado, são pressupostos necessários a vizinhança às obras e o ser necessária à realização delas a ocupação. A temporariedade há de ser a da necessidade de tais obras, segundo a duração regular delas. O durarem demasiado já constitui abuso do direito (CÓdigo Civil, art. 160, 1, 23 parte). A lei para evitar a ingressão na esfera jurídica de nutrem sem prévia indenização criou ao ofendido a pretensão à segurança, a que se refere a art. 36, 2.~ alínea.

7.OUTRAS IMISSÕES PERMITIDAS. No art. 209, parágrafo único, III, a Constituição de 1946 permite ao Presidente da República determinar busca e apreensão em domicilio. Trata-se de permissão de medida constritiva, e não de medidas de desapropriação, ou de requisição, que se regem, respectiva-mente, pelo art. 141, § 16, j□a parte, *iii une,* e □

2 a parte. O Estado somente se pode apropriar do que apreendeu, se, segundo as leis penais, cabe, com fundamento no art. 141, § 31, 8ª parte, a pena de perdimento de bens, ou como efeito de condenação penal (Código Penal, art. „74, II). Se não ocorre isso, ou aquilo, o Estado está a praticar atos contrários a direito, correspondentes a crimes, e tal invasão da esfera jurídica das pessoas acarreta, para os funcionários públicos, responsabilidade penal, e, para o Estado, o dever de indenizar, segundo o art. 194 da Constituição de 1946. O

mesmo racicionio há-se de fazer quanto à intervenção nas empresas de serviços públicos. Aliás, o art. 194 da Constituição de 1946 pode incidir em casos em que não haja apropriação, mas simplesmente invasão da esfera jurídica das pessoas. Há, ainda, um ponto, em que preciso porem-se em relêvo os princípios. Tem-se dito que, se a coisa apreendida é prejudicial à segurança pública, não cabe a restituição, nem há, aí, perda da propriedade, porque

“não poderia o bem ser objeta de propriedade”, e citam-se, então, os arts. 74, II, e 100, do Código Penal, e 119 do Código de Processo Penal. Mas o absurdo é evidente: nem todas as coisas a que as regras jurídicas citadas se referem são inapropriáveis; confundem-se, lamentávelmente, com tais generalização. proIbição de venda ou porte sem permissão policial, militar, nu outra, com inapropriabilidade.

Quanta à intervenção em empresas de serviço público, em virtude de estado de sítio, é preciso que se trate de simples intervenção, e não de desapropriação, menos ainda de apropriação pelo Estado. A intervenção não se confunde mesma com a requisição, a que se refere o art. 141, § 16, □

2 a parte, da Constituição de 1946: é

dispensada a declaração de vontade, que há na requisição, de que resulte o dever de entrega; há o ato, com ou sem a requisição, se bem que não possa ir adiante da gestão dos serviços e de atas tendentes a levar a cabo as *fina* lidades da decretação do estado de sitio. Se há *perda* de propriedade para a empresa somente pode ter sido por perecimento do bem, consumo, especificação, confusão, comistão ou adiunção, o que se há de indenizar de acordo com os princípios e o art. 194 da Constituição de 1946. Não há pensar-se em desapropriação. Faltou a pressuposto necessário da indenização prévia, bem como o da declaração de desapropriação.

8.DIREITO CONSTITUCIONAL E DESÂPROPRIÃÇÁO. A velha Constituição sueca (6 de junho de 1809), art.

16, permitiu a desapropriação o segundo as leis e em juíza. A Constituição norueguesa (17 de maio de 1814) continua a falar de "cessão", quando as necessidades do Estado o exijam, recebendo o proprietária indenização completa. Ã holandesa (30 de novembro de 1887), art. 158, exige a declaração prévia de desapropriação, *em lei,* e a prévia indenização; mas admitiu que a lei preveja casos em que a prévia declaração não é de mister, e que, em tempo de guerra ou perigo de guerra, possa ser posterior a indenização. A Constituição francesa (27 de outubro de 1946), no preâmbulo, reafirmou a Declaração de Direitos de 1789. A da Itália (22 de dezembro de 1947), art. 42, ali~ □

4 B, disse que a propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e contra indenização, expropriada por motivos de interesse geral. A da Romênia, art. 10, estabelece que as expropriações por motivo de utilidade pública podem ser feitas em virtude de lei e mediante justa indenização fixada pela justiça; mas tem a confiscação (arts. 6, alinea z e 11). A da Turquia (20 de abril de 1924), art. „74, exige a indenização prévia. A da Yugoslávia (81 de janeiro de 1946), art. 18, alínea 1ª, exige a lei, permitindo também a estatização. A da Alemanha ocidental (28 de maio de 1949), art. 14, inciso 8, exige a lei, a aplicação de lei e a via judiciária, em caso de divergência sôbre a indenização; mas admite, também, a socialização (art. 15). A da Alemanha oriental (7 de outubro de 1949), art. 28, garante o mesmo, se a lei não o exclui. A da Bulgária, (4 de dezembro de 1947), art. 10, alíneas □

5 a e 6Y,

tem a desapropriação, com justa indenização, e a estatização.

A Constituição grega de 28 de maio de 1911, art. 17, insere regra jurídica sôbre desapropriação semelhante à da Constituição brasileira de 1946; e acrescenta (alíneas

□a) “A indenização é sempre fixada por via judiciária.

2~a e 3

Em caso de urgência, pode mesmo ser fixada, provisôriamente, por via judiciária, após audiência ou convite a comparecer As pessoas interessadas, podendo, por decisão do tribunal, serem obrigadas a prestar indenização. Até a prestação da indenização definitiva ou provisória, todos os direitos do expropriado subsistem e a ocupação da sua propriedade é interdita. Leis especiais regularão a propriedade e a disposição das minas, tesouros arqueológicos, fontes minerais e águas correntes”. A da Bélgica (7 de fevereiro de 1881), art. 11, é como a Constituição brasileira de 1946. A da Dinamarca (5 de junho de 1915), art. 80, exige a lei e a indenização completa, e acrescentou-se: “Quando se adote um projeto de lei concernente à expropriação de uma propriedade, um têrço dos membros do Folketing pode exigir, nos quatorze dias após a adoção definitiva do projeto, que somente seja apresentado à sanção do rei após se terem realizado as novas eleições do Rigsdag e o ter adotado o nôvo Rigsdag”. A Constituição finlandesa (17 de julho de 1919), § *6,* □

8 a alínea, deixa à lei regular a

desapropriação por utilidade pública com indenização plena. Nada dizem sôbre desapropriação as Constituições da Rússia, artigos 4-7, Se 10, de Portugal (11 de abril de 1938), arts. 8 e 35, da Irlanda (1.0 de julho de 1987), cujo art. 48 cogita da propriedade, da Hungria (81 de janeiro de 1946), cujos arts. 4-8 tratam da propriedade estatal e privada, da Polônia (22 de fevereiro de 1947), preâmbulo, 2.0, e da Checoslováquia (9 de maio de 1948), arts. 146-161, que trata das estatizações e não da desapropriação.

A Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 16, 1.a e □a partes, estatui: „„É garantido o direito de propriedade, 2

salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”.

No direito brasileiro, o art. 1.0 do Decreto-lei n. 8.865 disse que a lei de desapropriação é única para todo o território nacional: "A desapropriação por utilidade pública regular-se-á por esta lei, em todo o território nacional".

Não se ligou o legislador a principio de unicidade, ou, sequer, de unidade de lei; apenas explicitou ser o Decreto-lei n. 8.365 para todo o território nacional. Em 1946, o Decreto-lei n. 9.282, de 28 de maio de 1946, suspendeu até 28 de maio de 1948, para o Distrito Federal, a incidência do art. ~ 23 alínea ("Nesse caso, só-mente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração").

§ 1.610. Direito de desapropriar e seus pressupostos

1.DIREITO DE DESAPROPRIAR. Existe direito de desapropriar, que se estabelece desde o instante em que o bem a *priori* desapropriável se torna desapropriável a *posteriori;* isto é, desde o instante em que se pode enunciar que a necessidade pública, ou a utilidade pública, ou o interesse social se *dá.* Tal enunciado de existência é o elemento que enche, junto ao enunciado sôbre ter sido feita a declaração de desapropriação, a questão prévia, declaratória, da decisão do juiz~ mas, enquanto o enunciado sôbre existir a necessidade pública, a utilidade pública, ou o interesse social, é sôbre pressuposto do direito, o enunciado sôbre ter sido feita a declaração de desapropriação, é sôbre pressuposto do exercício do direito. Quem declara que vai desapropriar já afirma, implicitamente, que tem o direito de desapropriar e inicia o exercício de tal direito.

O texto constitucional estabeleceu limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Devido a isso, deu ao que sofre com a imissão expropriante do Estado o direito e a pretensão à indenização justa e prévia. Ésse direito e essa pretensão são elementos do conteúdo do direito de propriedade. A limitação não deixa ao Estado tomar a propriedade, ou dela apoderar-Se, dá-lhe apenas o poder de prestar a indenização, satisfeitos os outros pressupostos da desapropriação, e obter do juiz a sentença *desapropriativa* ou *desaprovriativel.*

O problema de técnica legislativa que se pôs desde o direito grego e o romano, através do medievo e nos tempos modernos, dependia da estrutura política dos países e da posição que o direito público reconhecia aos titulares do direito de propriedade. Não podia ser o mesmo em todos os tempos e lugares, nem consistir, sempre, em se

achar a regra jurídica que evitasse a expropnação *iniuste. sine ratione* ou *sitie juditio.* Tanto mais quanto se havia artificializado a ordem medieval em domínos úteis, mais ou menos vulneráveis. Pelo menos até que se afirmasse serem de tratar-se igualmente o domíno direto e o útil (cf. PETRUS DE VERONIA, adição a 3. BUTRIGARIO, *Super Codice,* 1, 22, 6, si contra *jus),* a despeito da concepção do príncipe como *domina rerum particulariurn.*

Por outro lado, tanto o príncipe quanto a *civitas* expropriavam, se bem que alguns juristas negassem àquele tal poder *(e. g.,* PAULO DE CÂSTRO, *Lecturae,* C. 1, 22, 6). O estatuto e a *consuetudo* podiam mudar a titularidade (ALBEILICO DE ROSATE, *De Statutis,* II, p. 103, 5).

As duas concepções do príncipe *dominus* e do príncipe soberano traduziram a vacilação entre o conceito privatistico e o publicístico, coloridas, aqui e ali, com as tendências doutrínárias a antepor ao príncipe o sujeito particular de direitos. O *dominus eminens* foi uma das figuras. intercalares. No ano de 1159, cavalgando entre os juristas BÚLGARO e JORGE MARflNO, Frederico II perguntou se era o imperador "de iure mundi dominus", ao que BÚLGARO respondeu, radicalmente, não ser o imperador "mundi dominus" e JORGE MARTINO

afirmativamente (Orro MORENA, *De rebus laudensibus,* 587 s. e 607; sóbre o episódio, JACÓ DE RAvANIS, *Lectura super Codice,* C. 7, 37, 3; sôbre o fundamento romanistico e bíblico da opinião de JORGE MARTINO, cf.

ODOFREDO, *commentaria iii Corp. lia. Civ* proêmio do Digesto, n. 5, criticado por ANDRFA DE ISERNIA, col.

11 e 12). Para RICARDO MALOMBRA, segundo ALEERICO DE RoSATE, quem pode mudar a lei pode expropriar.

Mais importava ir-se tirando ao príncipe o poder, porque, em verdade, e ainda hoje, onde não se lhe opóem óbices, êle o retoma. Sucedem-se os conceitos: o *d,ominzts universalis* de HÁRTOLO DE SAXOFERRATO, ou *dominus quoad protectionem, a superioritas coercitionis* de OLDRADO DA PONTE (cf. FiliPE DÉcio, *Consilia ame responsa,* c. 528, n. 9), o *dominus inrisditionatiter* de JÚLIO FERRETTI *(De Jure et re navali,* cap. 16, n. 46), o *majus dominium* (GuIno PAPA, *Decisiones,* q. 551:

"utile", "directum" e "maius dominiurfi"), o *dominium politicum et oeconomicttm* de ATJRÉLtO GALvANI *(De usufruetu,* c. 10, n. 6, e c.

25), a *regia potestas* de HuGo GRÓCIO *(De Jure beili,* 1, c. 1, § 4, e c. 8, § 6), mais forte que a *patria potestas* e igual à *facultas eminens* de 5. PUPENDORF *(Elementorum,* 1, d. 5, § 2) e ao *dominium ciltum* de T. M. RICHER *(Universa civilis et eriminalis lurisprudentia,* III, 2, tit. 1, c. 2, § 409 s.), o simples *jus* de J. H. BOERMER *(Interductio in lua pubilcum universcde,* Pars spec., 1, c. 4, § 25), a *potestas eininens* de

C.vAN BYNKERSHOEK *(Quaestionum,* 290 sã, o *ins eminens* de li. HURER (De *1w-e civitatia.* 1. 1, sect. 8, c.

6, xi. 50: "non tollit sed limitad et gubernat") e GERE. NoODT *(Opera omitia,* II, 82, ccl. 1).

No caminho há os aduladores do poder, que BÚLGARO e GERH. NOODT *(Opera omitia,* II, 32), a propósito do espanhol ANTÓNÃO PEREZ *(lua publicum,* c. 40) tanto zuniram.

Precisou J. E. HORN *(Architectonica de civitate,* L. 2, c. 4, *§* 1 s.) que a *necessitas* é apenas a causa impulsiva *(ob quam),* não a causa suficiente da desapropriação *(per quam),* porque opoder do principe é apenas médio *(d,ominium medium).*

Para se chegar à altura do art. 141, § 16, ta parte, *in tine,* da Constituição de 1946, foi longa e árdua a caminhada nas dimensões da liberdade, da democracia e da igualdade. Na estrada vêem-se os juristas áulicos de todos os tempos, com as suas

"trevas alucinantes" a que se referia AURÉLIO GALVANI, na primeira metade do século XVI. A frase "princeps legibus solutus est", que se tomou de ULPIANO, arrancada do resto, e se meteu no Digesto (L. 31, D., *de legibus senatus que conaultis* Wocada, glosada, comentada,

et longa corisuetudine, 1, 3) que dissesse o que ela em enchida e reenchida de sentido, P~dia a não se estenderem ao ULPIÁNO não dizia. Apenas se alguma validade dos atos jurídicos. príncipe as leis sôbre capacidade *~s* do príncipe, que ALEERICo

O poder de fazer *de meo tuum,* que se reconhecia ao Príncipe, foi-se esmaecendo, até que, na consciência jurídica contemporânea, se pode, pelo exame das leis de desapropriação, dar a data o século a que, psicanaliticamente, pertence o legislador. As regressões são fâcilmente apontáveis. Regressão a Zenio, a Justiniano (segundo os intérpretes medievais), a JORGE MARTINO, ou a GUILHERME BUDÉ, ou ao absolutista bajulador ANTÓNÃO

Lonz, a FILIO MODICENSE *(Quaestiones aureae,* q. 43).

O Estado, no que pode atingir a esfera jurídica das pessoas, deslocando do patrimônio particular bens que nêle se acham, ou o faz para a tutela jurídica de alguém, ou porque algum interesse público passa à frente. Dai a velha *distinetio* dos glosadores entre a execução forçada, *ut alienum,* e a desapropriação ou a requisição, *ut suam.* Tudo se punha no plano da alienação, da venda pelo Estado; e é de espantar que ainda hoje pensem em desapropriação como espécie de venda coativa alguns escritores *(e. .g.,* P. CARUGNO, *L"Espro"priazione per pubblica utilitá.,* 17

s.). Há privação. Há a perda da propriedade por parte do dono do bem, por ato jurídico do Estado. Não há venda.

Não há alienação da coisa de outrem. O bem pode cair fora do comércio. Pode tornar-se de todos e de uso comum.

ODOFREDO falava de "confiscare ob publicam utilitatem"; mas desapropriar não é confiscar. A desapropria$o não é mais do que uma das causas, legais, de perda da propriedade. Os pressupostos dependem de regras de direito constitudona] e de legislação ordinária, depois que se fêz fundamental o direito a só se submeter a pessoa à lei (Constituição de 1946, art. 141, §§ 2.0, e 16, l~ parte).

No direito romano, poderiam os juristas ter encontrado o que bastasse para arquitetar teoria da invalidade dos atos expropriativos que não fôssem de acordo com princípios rígidos.

Na L. 11, D., *de diversis regulis juris antiqui,* 50, 17, tem-se de POMPÔNÃO, tirado ao terceiro livro *ad Sabinum:*

"Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest" (O que é nosso não pode ser transferido a outrem sem fato nosso). Na L. 9, D., *de actione rerum amotarum,* 25, 2, disse PAULO *(ad edictum):* non [enim]

aequum est invitum suo pretio res suas vendere"; [porque] não é justo que se vendam, contra vontade, as próprias coisas por seu preço).

Na L. 16, C., *de jure deliberandi et de adeureda veZ adquirenda hereditate,* 6, 30, enunciou-se: "Neo emere neo donatum adsequi neo damnosam quisque hereditatem adire compellitur" (Ninguém é compelido a comprar, nem a aceitar doação, nem a adir herança danosa).

Na L. 11, O., *de contrahenda emptione, 4,* 38, lê-se: “Invitum comparare vel distrahere postulantis causam iustam non continet desiderium” (Não contém justa causa o desejo de quem postula que alguém compre ou aliene contra sua vontade).

Os intérpretes viram a L. 11, D., *de diversis regulis iria antiqui,* 50, 17, inclusive ANtÓNÃO PEREZ, a propósito do O., 3, 32, nas .*Praelectiones* (“quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non debet“9, porém desapropriar não é vender o que é de outrem, é seria forçado combater-se com êsse argumento pomponiano a nefasta interpretação da L. 31, D., *de legibus senatus que consultis et longa consuetudine,* 1, 3 (Princeps legibus solutus est) e a rija L. 1, D., *de constitutior&i.bus wineipum,* 1, 4 (Quod principi placuit, legis habet vigorem). Os dois textos do Codex tão-pouco poderiam atenuar a doutrina do *princepa legibus solutus.* A deformação da desapropriação em venda forçada é que poderia expô-la aos golpes do *Vendere rem suam nemo compeilitur;* mas a concepção mesma do desapropriando como *necessarius venditor* é uma das mais levianas concepções em toda a história do direito.

2.PESSOAL OU REAL? Outro ponto que se tem controvertido é o do caráter *pessoal* ou *real* do direito de expropriar. Ou (a) o ato vai, para uns, contra alguém, em cuja esfera jurídica está incluído o bem desapropriando, de modo que, com a declaração de desapropriação, nasce o dever de entrega, ou *(b)* vai, para outros, contra quem coincide ser o dono do bem, de modo que, desde às primeiros atos da autoridade (no direito brasileiro, o juiz), algo se passa à semelhança da reivindicação. Mi vON SEYDEL *(Bayerisches Staatsrecht,* III, 628) sustentou a pessoalidade do direito; C. F. GRÚNHUT *(Das Enteignungsrecht,* 180), W. VON ROHLAIND *(Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts,* 32), PAUL LABANO (Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, *Ãrchiv flir die civili.stische Praxi.s,* 52, 174), G.PRAZAK *(Das Recht der Enteignung,* 48), W. SCHELCEER *(Die Rechtswirkungen der Enteignung,* 70), M.

LAYER (Priw *zipien,* 605) e outros, a realidade do direito, ou, pelo mênos, do efeito imediato. Tudo está em que ou se *vê* o direito do desapropriante, sem dever *pessoal* do que é proprietário, ou se *vê,* correspondendo a Osse direito, dever *pessoal* dele. *(c)* Para nós, exatamente aí aparece a diferença entre a desapropriação e a requisição, alMa a expropriativa: o que há de dever pessoaldo demandado, na desapropriação, é *posterius,* nasce em virtude de fase, na relação jurídica processual da ação de desapropriação; ao passo que é *prius,* na requisição, êsse dever, surgido do ato requisitivo, que é ato de exercício de direito pessoal. O juiz, na desapropriação, sentenciando, decreta a perda da propriedade pelo demandado (efeito

constitutivo negativo sentencial); na requisição, o dono do bem tem o dever pessoal de prestar, e o juiz, a que acaso se submete o caso, julga a infração dêsse dever.

3. NATUREZA DA AQUISIÇÃO. Ligado a êsse problema está o da natureza da aquisição, que, conforme vimos, na desapropriação, não é necessária (= pode dar-se o caso de desapropriação sem que o Estado, ou alguém, individualmente, adquira) e o é na requisição. Na desapropriação, há perda da propriedade; não transferência (G.

PRAZAS, *Das Recht der Enteignung,* 48; W. SCHELCHER, *Die Rechtswirkungen der Enteignung,* 71). Não há efeito mediato real da desapropriação e transferência, como queria M. VON SEYDEL *(Rayerisches Staatsrecht,* III, 627 e 635), à semelhança do que ocorre com o efeito do implemento da condição na propriedade resolúvel (Código Civil, art. 647); nem o efeito pessoal do art. 648 do Código Civil, com a transferência conseqUente à entrega, o que seria mais acorde com a teoria do direito pessoal de desapropriar segundo M. VON SEYDEL.

O demandado não é A, dono do bem, mas quem é, no momento, o dono do bem, isto é, aquele que vai perder a propriedade. Por isso mesmo, a perda acontece ainda que tenha corrido o pleito contra quem não era o dono: a desapropriação apanha o bem; e desliga-o de qualquer apropriação *desde momento,* o que põe em evidência o caráter real da eficácia desapropriativa. Por isso mesmo, quando o Decreto-lei n. 3.365, art. 35, diz que "os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação", não fere os princípios: *a priori,* tal reivindicação estaria excluída; e está excluída a reivindicação quando o Estado não adquira. A aquisição posterior é originária; nada tem com o proprietário anterior, que perdeu a propriedade. A aquisição é *erga omites,* incólume a qualquer pretensão do que teria sido injustamente demandado.

A citação faz-se na pessoa do proprietário, no mais vasto sentido, não porque se trate de pessoa de que se vai haver o bem, e sim porque é a pessoa que consta ser dono do bem. A posição dela, no processo, é como a do fiduciário a que vai terminar o direito de propriedade, e não a do devedor de coisa certa, contra o qual se promove a execução.

(G. PRAZAK, Das *Recta der Enteignung,* 48, aproximava-se da verdade quando dizia que a regra de figurar, como demandado, o proprietário, era mais questão de forma, de processo.)

Se há aquisição da propriedade, após o acordo, ou após a sentença, tal aquisição é originária, desde a transcrição, se se trata de bem imóvel. Não é, porém, em virtude da declaração de desapropriação, e sim do ato contido nela, ou no acOrdo, ou na petição ao juiz, ou noutro ato processual, ou trazido ao processo e inserto na sentença transcritivel que dê a indiação da titularidade futura, ainda que seja a de todos. Não se pode pensar em transmissão pelo Estado; o Estado, ainda quando, com essa indicação, preste *(e. g.,* obrigado a desapropriar a favor de alguma empresa), não transfere. Nem há, na desapropriação, transferência a êle, nem, na indicação do nOvo proprietário, ou titular, ou de atitularidade, transferência por ele. Temos, portanto, de repelir a tese de C. F.

GRVNHUT *(Das Enteignungsrecht,* 3) e de M. LAna *(Prinzipien,* 654 s.), segundo os quais a expropriação *cria* dominio público. Nem sempre esse domínio sucede a ela, nem a titularidade do direito, a respeito do bem, posterior à perda da propriedade pelo deupropriando, tem qualquer ligação de efeito a causa com a desapropriação.

Quando alguns autores *(e. g.,* O. MATEI, *Deutsches Verwaltungsrecht,* III, § 34, 3) aludem a ser o Estado o intermediário entre o dono do bem e a pessoa que vai adquirir a propriedade, ou esvaziam de quase todo o conteúdo o conceito de intermediário, ou emitem proposição falsa. O adquirente estranho é tão afastado do demandado, ou do que toma parte no acOrdo do art. 10 do Decreto-lei n. 3.365, quanto o Estado mesmo. O dono do bem, legitimado segundo o art. 16 do Decreto-lei n. 3.365, é figurante no acOrdo, ou na ação, concernente à perda da propriedade, e não no que seja concernente à aquisição. Os informes sObre a titularidade futura somente interessam ao dono do bem e somente podem ser discutidos por êle, no que se contém na declaração do pressuposto da necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, no qual, aliás, pode ser elemento mudável (A ou seus sucessores, ou quem o substitui), ou geral (empresa que ofereça os pressupostos tais).

§ 1.611. Titularidade do direito de desapropriar

1.ENTIDADES ESTATAIS E DIREITO DE DESAPROPRIAR. Alguns juristas pretendem distinguir o direito de desapropriar, que tem a União, e o que têm o Estado-membro e os Municípios. Um dos argumentos é o de que Estado, ai, é a União; outro, o ter-se atribuido à União o legislar sObre desapropriação.

Desde logo repilamos a identificação entre entidade competente para a

legislação sabre desapropriações e titular do direito de desapropriar. Quando, na Constituição de 1946, o art. 141, § 16, □

1 a parte, *in fite,* se refere a

necessidade pública, a utilidade pública e a interesse social, implicitamente alude a quem, pela matéria, de que se trata, é a entidade que há de *sentir* a necessidade pública, a utilidade pública, ou o interesse social. Nem sempre pode ser a União. Nem sempre a União ou o Estado-membro. Nem sempre o Município. Nem sempre o Estado-membro ou o Município. Há matéria de necessidade pública, ou de utilidade pública, em que a atividade da União seria descabida. Outras em que o seriam a do Estado--membro ou a do Município. Outras em que seriam descabidas a da União ou a do Estado-membro e a do Município. A lei tem de atender a isso; nem se conceberia que a legislação, que é federal, se reservasse à União desapropriar. Não se pode pensar em *ceder* direito a União ao Estado-membro ou ao Município, como pareceu a C. F. GRtYNHUT *(Das Enteignungsrecht,* 79); há direito dos Estados-membros e dos Municípios, anterior à legislação, a desapropriar, sempre que lhes toca sentirem a necessidade pública, ou a utilidade pública, ou o interesse social de desapropriar. Já W. voN ROHLAND *(Zur Th.eorie und Praxis,* 13) havia afastado essa intrusa concepção de cessão, se bem que ainda cogitasse de *dever* da União, ou do Estado-membro, em relação ao Município. A insistência de G. Mn‟n *(Das Rech,t der Expropriation,* 260) e de A.TrEL *(Das Expropriationsrecht,* 17 e 20) em falar de outorga pela União ou pelo Estado-membro, ou em *mandatum* ad *agendum,* já se há de considerar incompreensão do instituto; e a escapula de O. MÁXER

(Deutsches Verwaltungsrecht, II, § 33, nota 24) em reduzir o Município à empresa não resolve os problemas. O

Município não é parte da administração pública federal como seria a empresa ligada à administração federal.

O Município, como os Estados-membros, tem o seu direito a desapropriar, na medida em que lhe cabe sentir a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social. Ora, cabe -lhe tal função segundo a discriminação das competências que lhe tocam, à semelhança do que se passa com a União. Não existe cessão nem concessão de direito de desapropriar, como não existe cessão ou concessão da competência para legislar, ou julgar. O Estado (União, Estados-membros, Municípios) pode assumir o dever e a obrigação de desapropriar para a empresa; à empresa nascem o direito, a pretensão e, eventualmente, a ação. Em 1875. W. VON ROHLAND *(Zur Theorie*

und Prazis, 12) foi decisivo: o Estado examina a empresa para saber se ela tem fim que baste à desapropriação, e oEstado desapropria; e O. PIU.ZAK *(Das Recht der Enteignung,* 67) acentuou que o direito de desapropriar é só do Estado; se a alguma empresa se concedeu, apenas se lhe permitiu dirigir-se a ele, exigindo a desapropriação.

Essa não é a situação do Estado-membro, ou do Município; mas, se a matéria é da competência da União e o serviço foi entregue ao Estado-membro ou ao Município, segundo o art. 18, § 39, 2Y parte, da Constituição de 1946, o Estado-membro ou o Município exerce, apenas, a pretensão à desapropriação, não o direito de desapropriar.

2.SE O PODER DE DESAPROPRIAR É DELEGÁVEL. No Decreto-lei n. 3.365, art. 39, diz-se: "Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público, ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização apressa, constante da lei, ou contrato".

De início, observamos que a lei é indispensável nas espécies do art. 2.0, § 2.0, do Decreto-lei n. 3.365. Quanto ao poder de promover, de modo nenhum é delegável. A empresa promove a desapropriação, reclamando a prestação que lhe prometeu o Estado; quem desapropria é o Estado:

poderes de *imperium,* de *Hoheit,* de pré-seência, são indelegáveis (Constituição de 1946, art 36, § 29, princípio que não se achava na Constituição de 1937, sob a qual se edictou, com a passageira e violenta e medíocre mentalidade do momento, o Decreto-lei n. 3.365).

§ 1.612. Objeto da desapropriação

1.BENS DESAPROPRIÁVEIS. Todos os bens são suscetíveis de desapropriação, inclusive os inalienáveis e os insub-rogáveis; salvo se, públicos, não são do domínio do Estado (evite-se falar em destinados a uso comum público, art. 66, 1, ou a uso público especial segundo o art. 66, II), ou se intransferíveis por sua natureza, inclusive o bem de que se fala no art. 667. Os bens públicos, ditos, no Código Civil, dominicais (art. 66, III), são os do domínio do Estado, com outra destinação que a do uso público ou estatal, e são suscetíveis de desapropriação: os do Município, pela União, ou pelo Estado-membro, ou por Território, em que sejam situados, ou pelo Distrito Federal, se nêle situados, ou por outro Município em que sejam situados; os do

Estado-membro, pela União, ou por outro Estado-membro em que sejam situados, ou por Território, Distrito Federal ou Município em que sejam situados; e assim os do Distrito Federal, ou dos Territórios, O art. 2.0, § 2?, do Decreto-lei n. 3.365, diz: "Os bens de dominio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa". A interpretação é a que demos, revelando o conteúdo das regras jurídicas nêle insertas.

2. INTERÉSSE PÚBLICO. "Mediante declaração de utilidade pública" entenda-se, hoje, de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interésse social "todos os bens", diz o art. 2» do Decreto-lei n. 3.365, "poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios". Quem é titular do direito a desapropriar é o Estado, no sentido próprio. Não há desapropriação por outras pessoas de direito público, ou privado, que não sejam as entidades políticas de direito constitucional que aí se mencionam. Tal direito é *imperium.* A declaração de desapropriação, a que se referem especialmente os arts. 2.0, 4,0 e 6.0, é apenas exercicio dêsse direito público de pré-essência, que vai de atos dessa natureza até aos de protocolos das reUniões em que há precedência dos que têm cargos oficiais.

A propriedade dominical (art. 66, III) é, sempre, desapropriável, inclusive a da União por ela-mesma *(e.* o., edicta-se lei em que se torna de bem de todos o bem da União, alienável ou não, inclusive propriedade fiduciária ou fideicomissária, que se classifica no art. 66, III).

Se a União declara de necessidade pública, de utilidade pública, ou interesse social, o bem dominical do Estado-membro, ou do Distrito Federal, ou do Território, ou do Município, e o uso de tal bem já se destina a isso, sem ocorrer necessidade pública, ou utilidade pública, ou interesse social em que se dê a perda da propriedade pela entidade política, pode ser objetada ao desapropriante essa circunstância. O ato pelo qual a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território, ou o Município, desloca do art. 66, III, para o art. 66, 1, ou 66, II, o bem, sem perda da propriedade, não é desapropriação; é ato de direito público de outra natureza (LOEBELL, *Das preussieche Enteignungsgesetz,* 25), e interior à administração.

b) Quanto aos bens da classe do art. 66, II, ou públicos de propriedade do Estado mas com o destino do art. 66, 1,

~há desapropriabilidade? O art. 1.0, § 2.0, do Decreto-lei n. 3.365 fala de "bens do dominio do Estado, Municípios, Distrito Federal e Territórios", sem excluir a pré-seência da União, quanto aos de propriedade da entidade pública, se bem que essa já haja publicizado o uso. Na doutrina, DE LALLEATJ *(TraiU de VEz propriation,* 1, n. 182) e C. F. GRÚNHUT *(Das ~nteignnngsrecht,* 76 s.) restringiam a desapropriabilidade aos bens do art. 66, III. Mas há bens de propriedade do Estado que são incluídos no art. 66, II, ou no art. 66, 1. Sempre que o bem não é de todos a desapropriação é possível. Se é de todos, a passagem à apropriação é assunto de lei (federal, estadual, ou municipal), compostos os interesses das entidades interessadas.

No art. 2.0, diz o Decreto-lei n. 3.365: "Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios". A regra jurídica, que aí se contém, somente é de se admitir como tautologia: "Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens *desapropri4veis* poderão ser desapropriados..." e como alusiva à legitimação ativa para desapropriar. Nem todos os bens são desapropriáveis; mas os bens desapropriáveis podem ser desapropriados pelas entidades que aí se apontam, salvo gradação subjetiva (art. 3.0): os bens da União não podem ser desapropriados pelas outras entidades, nem os dos Estados-membros, ou dos Territórios, pelos Municípios. Não são desapropriáveis os bens que não podem ser objeto de qualquer renúncia, por sua natureza, inclusive o direito a que se refere o art. 667 do Código Civil.

A desapropriação exige sacrifício da propriedade privada. Por isso mesmo, o desapropriante tem de afirmar e provar os pressupostos do seu direito a desapropriar, *in casu.* Quando, no art. 9?, no Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, ousou-se dizer: "Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam, ou não, os casos de utilidade pública", tal regra jurídica, absurda perante a tradição do direito nacional e perante a própria Constituição de 1987, tinha de ser repelida.

Se a lei ordinária, no enumerar os casos que se reputam de necessidade pública, de utilidade pública, ou de interesse social, foi demasiado limitativa, de jeito a haver casos de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, que não cabem na enumeração legal, é de discutir-se se pode a entidade desapropriante alegar a inconstitucionalidade da lei, ou se tem de se ater a essa enumeração deficiente. A primeira solução impõe-se, o contrário seria cercear-Se, contra os conceitos constitucionais, o direito de

desapropriar. Dir~se-á que, assim, é supérflus a enumeração, uma vez que se atribui à justiça explorar, diretamente, o conteúdo dos conceitos constitucionais (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). De certo modo, sim; mas a taxatividade não é a regra, nos sistemas jurídicos, quando enumeram, ainda que não estejam a tentar revelar o conteúdo de conceitos ou proposições constitucionais: há as regras jurídicas exemplificativas, ainda quando não tenham, explícito, êsse caráter de exemplificatividade. Também os que sofrem desapropriação podem alegar a inconstitucionalidade Mas regras jurídicas que enumeram espécies ou casos. As soluções dos sistemas jurídicos que não têm a apreciação judicial das leis não- nos servem de modo algum. Aliás, em alguns deles já se sentia a necessidade de se verificar judicialmente o cabimento desapropriativo (cf. M. VON SEYDEL, *Bayerisches Staatsreokt,* 1711, 680).

8.LIMITE DO INTERÉSSE PÚBLICO. A desapropriação não há de tirar ao que é titular do direito o que não é necessário, ou mais do que é necessário à finalidade estatal ou social. Tal verificação tem de ser prévia, porque se trata de um dos pressupostos da desapropriação. O próprio direito de desapropriar somente nasce quando o fato jurídico se compõe, com todos os seus elementos, e dele se irradia êsse direito. Não há direito a desapropriar *anterior à* manifestação da necessidade pública, da utilidade pública, ou do interesse social, a respeito do bem *a priori* desapropriável. Não se há de deferir o pedido de desapropriação se só a respeito de parte do bem se verifica o pressuposto; nem perde a propriedade aquele cujo bem se quer desapropriar, se à finalidade basta a constituição de servidão. Como o pressuposto pode não existir, mas o erro judiciário tê-lo admitido, transitando em julgado a decisão, e como as circunstâncias podem mudar, desaparecendo o fim a a que se destinara a desapropriação, alguns sistemas jurídicos introduziram o *direito à reaquisição,* o *Riickerwerb.* A medida é de grande alcance moralizador, porque evita que alguns dirigentes levem o Estado a desapropriar para vender, mais tarde, a outrem; não foi inserta no Decreto-lei n. 8.865 (as leis para determinadas desapropriações podem conter a regra jurídica sObre reaquisição), mas o art. 1.150 do Código Civil a contém. Não se adotou no direito brasileiro a regra jurídica sôbre o *direito de extensão (Ausdehnungsretht),* que teria o dono do bem em parte desapropriado a que a desapropriação seja de todo o bem, e não só de parte déle. Se o Estado vai alienar o bem, por ter desaparecido o interesse para que fOra desapropriado, seria injusto não admitir, em igualdade de oferta, a do que perdera o bem à dos estranhos. Bem assim, se o desdestina. Âquêle direito de preferência e êsse direito de reaquisição devem ser afirmados como direitos que a ordem fundada na justiça social

(Constituição de 1946, art. 145) pressupõe. Quanto ao direito de extensão, somente existe quando ao dono não serve mais o que lhe fica. A indenização, em tal espécie, sendo só de parte, não poderia ser justa.

4.DESAPROPRIAÇÃO DO INTERÉSSE DO ESTADO. Consumada a perda da propriedade, pode dar-se que o interesse do Estado, em que se fundou a desapropríação, sem surgimento de outro que justificaria outra desapropriação, desapareça. *Á priori, é* justo que se dê ao antigo proprietário ensancha para a aquisição do que fOra seu. Não seria aconselhável a ação declaratória fundada em ter desaparecido a relação jurídica: a relação jurídica continua, a despeito da desaparição do fundamento para desapropriação tal fundamento existiu, ou, pelo menos, foi reconhecido pelo acOrdo, ou pela sentença desapropriativa. Ou a) se pensa em *direito de preterénelil,* oriundo de regra jurídica, à semelhança do direito de preempção indicado no art. 1.149, ou b) em *ação de reaproprieação,* na qual o que sofreu desapropriação ou quem o suceda nesse direito, ou o Estado mesmo, se a desapropriação foi para alguma das empresas a que se refere o Decreto-lei n. 8.365, art. 3□Ó, pede que se declare a desaparição do interesse que justificou a desapropriação e se condene o desapropriante, ou quem tem o imóvel, a aliená-lo ao autor (Código de Processo Civil, art. 1.006 e § 1.~), ou e) se admite a *ação de restituição,* se não há ensejo para a). O autor tem, a *priori,* de contraprestar o que recebeu a título de indenização, *menos* a desvalorização sofrida pelo uso intercalar *mais* a valorização com êsse uso. Nada obsta a que se convencione sôbre a reapropriação e a indenização, no plano do direito civil, ou somente quanto à indenização. Não é preciso que preceda qualquer decreto de declaração de reapropriação (sem razão, W. SCHELCHER, *fie Recktswirkungen der Enteignung,* 176); se houve, apenas se adiantou a declaração judicial de ser cabível a reapropriação. A competência para a ação de reapropriação é do juiz da desapropriação (cp. HARTMANN, *Gesetz iiber Zwangsabtretung,* 62, nota 4; O. MAYER, *Tkeorie des franzãsisxhen Verwaltungsrechts,* 286).

5. O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.150. No Código Civil, o art. 1.150 estatuíu: “A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao expropriado o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para o qual se desapropriou”. A despeito de se achar na lei civil a regra jurídica, tal heterotopia é inoperante: o direito, a pretensão e a ação que surgem ao que sofreu a desapropriação são de direito público, e não de direito privado. Se o bem foi adquirido por outra entidade de direito público que a União, o Estado-membro, Distrito Federal, o Território ou o Município, ou por

alguma entidade de direito privado, a preferência é exercível pelo desapropriante, se o vai destinar ao mesmo fim, ou pelo que sofreu a desapropriação. A falta de oferta pela terceira entidade ao desapropriante, ou ao que sofreu a desapropriação, é infração de dever de direito público. O direito de reaquisição existe, quer se haja desapropriado bem imóvel, ou bem móvel. (Tem-se chamado a êsse direito à preferência, ou direito a reaquisição, "retrocessão", porém o têrino revela a falsa teoria dos que o empregam, ainda acorrentados à teoria da cessão forçada.) Se o que tem consigo o bem não o oferece ao que sofreu a desapropriação, pode êsse exercer o seu direito à reaquisição mediante intimação àquele, quando lhe conste a pró-

xima alienação (Código Civil, art. 1.151). Se a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território, ou o Município, ou a terceira entidade, ofereceu o bem ao que tem o direito de reaquisição, extingue-se êsse direito, se o titular não o exerce nos □três dias, se móvel o bem desapropriado, ou nos trinta dias subseqUentes, se imóvel (art. 1.152).

Se o que tem consigo o bem não o vai alienar, mas deixa de empregá-lo segundo a declaração de desapropriação (adestinação, desdestinação, tresdestinação) e a sentença, o direito à reaquisição não se exerce pelo ato de reclamar preferência:

pode o titular exercê-lo mediante exigência ao desapropriante e ao dono, ou em ação contra ambos, na qual a sentença decidida a questão prévia, declaratória, do não-emprêgo do bem segundo o destino que lhe justificou a desapropriação e a de não haver razão para o retardamento não desconstituirá a eficácia sentencial de perda, mas constituirá no que sofrera a desapropriação a titularidade, ou condenará o réu a perdas e danos. O prazo de caducidade, de que se fala no art. 10 do Decreto-lei n. 3.365, de modo nenhum incide, por analogia, no que concerne à destinação (sem razão, R. Lucíngjí, *Le Preatazioni di Cose,* 178 s., e M. SEABRA FAGUNDES, *Da Desapropriação,* 897 s., que o seguiu): não há qualquer analogia.

O Supremo Tribunal Federal (10 de setembro de 1980, *Á. J.,* 16, 366468) fêz bem em abstrair de qualquer limite de tempo. Antes do quinquenio pode manifestar-se a violação de destino e após êle pode ainda não se ter produzido. Convém advertir-se em que o voto do Ministro CARVALHO , no julgamento do Supremo Tribunal Federal, a 80 de setembro de 1932 *(Á. J.,* 25, 185), foi destituído de qualquer fundamento jurídico: pretendia êle que somente se poderia exercer o direito de reaquisição se sobreviesse "nOvo decreto do Presidente da República que expressa ou tàcitamente" (queria dizer "explícita ou

implicitamente) revogasse (7) o de desapropriação.

O Ministro EDuARDo ESPINOLA, noutra oportunidade *(A. 3.,* 25, 19), falou de atos administrativos tácitos: o que não executa a obra, nem restitui o bem, pratica ato de omissão. Em ambos, há indagação subjetiva, que não vem ao caso; houve, ou não houve a destinação, que é ato-fato. Tem-se de afirmar e provar que não houve; se a obra ainda está a executar-se, ou vai executar-se, e ainda não chegou o momento da utilização, é prematuro saber-se se se lhe desviou o destino. À simples propositura da ação, ou à interpelação, o desapropriante há de mostrar que o bem está à espera da utilização, segundo os planos, ou que só o utilizou em parte, caso em que reconhece o direito à reaquisição do resto, ou renunciou aos planos, ou não mais precisa, para os levar a cabo, do bem que se desapropriara. No direito brasileiro, não há, nem é preciso que haja, declaração de abandono de plano, de cessação da necessidade, ou de não-utilização, ou de cessação do interesse social, como pressuposto da reaquisição. Se tal declaração ou enundado de fato ocorre, é pita.

Se a coisa desapropriada foi empregada no que se alegara como causa da desapropria$o, mas, depois, deixou de o ser, por surgir outra necessidade pública, ou utilidade pública, ou inter&ss ~ social, tem o Estado o anus de o afirmar e provar. O direito à reaquisição ocorre se não prova a afirmação, ou se há simulação. A opinião que pré-

exclui o direito à restituição e a que o afirma, sem distinções, são de repelir-se. O princípio de economia admite que o Estado, em vez de fazer nova declaração de desapropriação e nôvo processo, objete. Nem sempre a três destinação (outro uso) implica nascer o direito à reaquisição.

O fato de ter sido mediante acordo, ou por sentença, que se integrou o ato de desapropriação, é irrelevante para a questão de se saber se há, ou não, no caso, direito à reaquisição. Bem assim, tratar-se de bem imóvel ou móvel.

O art. 1.154 do Código Civil estabelece: “Quando o direito de preempção”, entenda-se, aqui, de reaquisição, “foi estipulado”, aqui, se existe, “a favor de dois ou mais individuos em comum, só poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem êle toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita”.

~ À diferença do direito de preferência de origem convencioúal, o direito à reaquisição é herdável e pode ceder-se?

Não; o art. 1.157 incide; pOsto que, *de iure conderedo,* outra pudesse ser a solução.

No direito brasileiro, a prelação convencional é de direito das obrigações, embora possa ser registada: não se reivindica o bem que deveria ser restituido, em preempção. Quanto à reaquisição, do bem . desapropriado, há a opinião de CLÓVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* IV, 320 s.) e J. GUIMARÂES MENECALE

(Direito administrativo, II, 146) e a de EDUARDO ESPINOLA *(A. 3.,* 25, 20), que não dá a ação de reivindicação, como lhe atribuiu M. SEABRA FAGUNDES *(Da Desapropriaçâo,* 402), e sim a de restituição. A ação de restituição, aí, é a ação de obrigação de coisa certa. O valor a restituir-se (preço de reaquisição) é o mesmo que se recebera. O art. 1.150 foi explícito *(verbi.s* "pela preço por que o foi", isto é, por que foi desapropriado); a *ratio legis* está em que assim se evita que os dirigentes, à sombra das desapropriações, especulem e queiram aumentar rendas ao Estado, pela intervenção no comércio dos bens desapropriados.

6.CARACTERIZAÇÃO OBJETIVA DA DESAPROPRIABILIDADE.

O bem que pode ser desapropriado há de ser aquele em que se verifica a necessidade pública, a utilidade pública, ou interesse social; não os próximos ou os dispensáveis. Todavia, surge o problema da abrangência da vizinhança.

Se essa abrangência apenas valorizaria o que vai ser desapropriado, ou a utilização, não há razão bastante para se incluir o prédio vizinho, ou contíguo. A extensão só é legítima se, quanto ao prédio vizinho, também se verifica haver necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social na desapropriação, ou se o que sofre a desapropriação alega que, sem essa extensão, lhe ficaria parcela imprestável ao uso que *dava,* ou que estava *em via de dar,* ao bem, ou que o desapropria~te lhe teria de pagar indenização pelos danos com as obras no bem desapropriando, ou com a desvalorização do resto. AI, a desapropriação do todo pode evitar complicações e dúvidas, bem como gastos maiores. Nada obsta, portanto, a que, no correr da demanda, se estenda a área ou se eleve o número de bens desapropriados, se com isso se vai ao encontro do que alega o dono do bem, ou dos bens desapropriados, e não se infringe a lei *(e. g.,* a lei de que fala o art 2.0, § 2.~, do Decreto-lei n. 3.365). Não há, porém, dever e obrigação de desapropriar o todo se pode ser indenizado o

demandado, sem ser preciso desapropriar-se o resto, ou o bem pertencente a terceiro. Tais princípios estão, assim, claramente expostos, e devemos evitar as vacilações e obscuridades de M.VON SEYDEL *(Raveriaches Staatsrecht,* III, 634) e W.

SCHELCHER *(Die Recktswirlcungen der Enteignung,* 65). No direito brasileiro, se não há necessidade pública, nem utilidade pública, nem interesse social de desapropriar mais do que parte de x, nem de desapropriar x, *v,* e a, o demandado pode objetar quanto à parte desnecessária, inútil ou sem interesse social, ou quanto ao bem desnecessário, inútil, ou sem interesse social (assim também se pensou, *de lege ferenda,* na Prússia, quando se rejeitou regra jurídica que o permitira, em 1874, cf. O BIHR e W. LANGERHANS, *Das Gesetz liber dia Enteignurtg,* 41; *aliter,* em Bade, 1835, e Saxônia, 1902; no direito brasileiro, a solução é de lar *lata* constitucional, art. 141, §§ 16, □

1 a parte, *ire une,* e 4,0),No art. 4,0 do Decreto-lei n. 3.365, estatuíu-se: "A desapropriação poderá abranger área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina e as zonas que se valorizarem extraordinàriamente, em conseqUência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando quais as indispensáveis à configuração da obra e as que se destinam à revenda". A Constituição de 1946, art. 30, 1, e parágrafo único, permite à União, aos Eátados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, a cobrança da contribuição de melhoria. Tem aí a unidade política o caminho para se cobrar do que com as obras públicas valorizou o bem alheio. A desapropriação por valorização provável, com fito de revenda, ou sem êle, ultrapassa os limites conceptuais do art. 141, § 16, 1.~

parte, *in tine* (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). É inconciliável com o direito constitucional brasileiro. Onde o art. 4,0 do Decreto-lei n. 8.365 diz que a desapropriação abrange a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra, a que se destina, e a declaração de desapropriação deve compreendê-la, é perfeitamente acorde com a Constituição. Não, onde permite que se incluam as zonas que se valorizarem extraordináriamente em conseqUência da realização do serviço. Ai, o demandado pode objetar e a sua objeção exclui, com fundamento no art. 141, § 16, 1.‟ parte, *ire une,* a desapropriação, pOsto que o exponha a futuras contribuições de melhoria (Constituição de 1946, art. 30, 1, e parágrafo único). Outro ponto que merece exame é o concernente à declaração de desapropriação. O art. 42) pode parecer ter exigido que a declaração contenha, sob pena de nulidade, referência expressa à área contígua,

que se haja de incluir na desapropriação, e às zonas de que se espera a extraordinária valorização. Para melhor apreciação da matéria, convém distingamos as duas espécies: área contígua, zonas valorizáveis extraordinàriamente. *a)* A declaração de desapropriação deve conter a referência à área Contígua, que objetivamente é conveniente às obras, pelas razões a que antes aludimos; porque, se não a contém, ou o dono dela alega que devia estar compreendida, em vez de ter o desapropriante de prestar essoutra indenização, e nada obsta a que o juiz admita a extensão da desapropriação, pela concordância do desapropriante, ou terá êsse de fazer nova declaração, subordinada a nOvo exame de pressupostos e nOvo processo. *b)* A inclusão da zona valorizável extraordinàriamente na declaração de desapropriação está sujeita à objeção

fundada na Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.8 parte, *ire fin,e* de faltar-lhe um dos pressupostos necessários (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). Se não foi incluída na declaração de desapropriação, tudo se há de passar no plano negocial, sem exercício de poder de império, ou pré-seência pelo Estado: há um toma-lá-

dá-cá, um dá-cá-toma-lá, sem qualquer feição de desapropriação. Processualmente, a não-inclusão da área contígua necessária às obras, ou a inclusão da zona valorizável extraordinàriamente, sem que ocorra a negocialidade posterior da aquisição, ou sem que a objeção pelo demandado seja acolhida como dilatadora do bem ou do número de bens desapropriandos, há de ser tratada, aquela, segundo os arts. 36 e 37 do Decreto-lei n. 3.865, e essa, como contrária à Constituição de 1946.

7.DOMINIO E ENTIDADES ESTATAIS. Se não houvesse o art. 2.0, § 2.0, do Decreto-lei n. 8.365, que se referiu a dominio, a solução seria a mesma, de acOrdo com o sistema das instituições brasileiras. Existindo, exclui ele que o Município possa desapropriar bem do dominio do Estado-membro, ou o Estado-membro, bem da União.

Obvia-se aos graves inconvenientes disso pedindo o Município ao Estado-membro, que lhe transfira o dominio do imóvel, ou móvel, negocialmente, ou lhe dê a destinação que o Município aponta, ou pedindo o Estado-

-membro à União, para que negocialmente lho transfira, ou destine o bem ao fim que o Estado-membro aponta.

Não se afasta a hipótese de se dirigir o Município ao Poder Legislativo federal explicando a necessidade pública, ou a utilidade pública, ou o interesse social da desapropriação do bem estadual, ou da própria União, se os entendimentos pré-negociais falham.

Quanto àqueles bens que não entram no conceito de dominio, e são coisas de todos, ou que foram destinadas ao uso de todos (Código Civil, art. 66, 1), ou a utilização deles pela entidade política, que invoca necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, não colide com a comunhão geral do uso e nenhuma questão teórica ou prática surge, ou há colisão e a solução tem de ser processada mediante acOrdo que *desdestine* o bem, de modo a se facultar a compossibilidade dos dois usos, ou se permitir a desapropriação. A desdestinação Declassierung, Ausreihung, Unterdrtlckung é o ato jurídico *atricto seneu,* administrativo ou constante de lei, pelo qual se desveste de sua destinação pública o bem, para fazê-lo volver à categoria de propriedade privada (= à classe dos bens do art. 66, III, do Código civil). Não se confunde com ato de *mudança de destinação ao uso público,* pelo qual o bem se desloca da classe dos bens do art. 66, 1, para & classe dos bens do art. 66, II, ou vice-versa. A lei que permite a alienação dos bens de que trata o art. 66, 1 e II, contém permissão de desdestinação; a que permite a alienação dos bens de que trata o art. 66, III, não na contém. Desde que se opere a desdestinação, conforme a lei, o bem público passa a ser desapropriável, segundo o art. 2.0, § 2.0, do Decreto-lei n. 3.365. O fundamento da desapropriação não basta para que se dê a desdesti‟ nação, nem a mudança de destinação: a entidade política, a que se liga o bem (evitemos dizer “a que pertence”, no sentido de ser proprietário, porque escapariam a isso os bens de todos) é que resolve sObre a desdestinação, como sObre a destinação. Pode acontecer que a destinação seja incidente do processo de desapropriação, como se a entidade contra quem se exerce a pretensão à tutela jurídica desapropriatória não alega o óbice da destinação (objeção), o que faz supor-se que era sem profundidade (= não implicava exclusão da propriedade privada). Todavia, se o bem não era do dominio da entidade política, no sentido do art. 2.0, § 2.0, do Decreto-lei n. 3.365, a decisão érescindível, porque infringiu o art. 67 do Código Civil e o art.

2.0, § 2.0, do Decreto-lei n. 8.365. Com razão, A. DALCKE *(Gesetz liber die Enteignung,* 36) entenderia que o demandado na ação de desapropriação há de alegar que o bem está destinado ao uso público e o seu direito não cabe no conceito de “dominio” segundo o art. 22), § 29, do Decreto-lei n. 3.366; mas errava ao dar ao silêncio do demandado a conseqUência de deslocação da classe do bem, no plano

do direito sObre êle, e não só no plano do uso. Tal silêncio pode ser tido como anuência à desdestinação, porém não à desclassificação titular. Para que a desclassificação titular se dê, é preciso que ocorra segundo a lei; somente a lei pode estabelecer desclassificações titulares tácitas ou implícitas, como pode pré-excluir que se admitam conseqUências desdestinatórias ao silêncio, ou à própria anuência expressa. O interesse em que o bem seja do dominio da entidade política, ou de todos, não é o mesmo interésse em que o bem seja destinado a todos, ou ao Estado, como poder público ou como particular; tanto assim, que êle pode destinar a tantos o que é do seu dominio, no sentido do art. 2.0, § 2.0, do Decreto-lei n.

3.365, ou o que é bem público do Estado como Estado. Veja Tomo II, §§ 155 e 156.

§ 1.613. Direitos atingidos pela desapropriação

1.DOMINIO E OUTROS DIREITOS DESAPROPRIÁVEIS. Os direitos que a desapropriação atinge não são somente os do proprietário. Há os dos titulares de direitos reais limitados. Tais os usufrutuários, os usuários, os habitadores, os credores anticréticos, hipotecários, pignoraticios e caucionários, além dos condôminos, inclusive co-herdeiros, enfiteutas e fideicomissírios, que co-dividem, materialmente, ou no tempo, a propriedade. A indenização há de ser a todos os que sofrerem com a desapropriação. Mas a técnica legislativa bode adotar, quanto aos direitos reais: *a)* o *principio da unicidade da indenizaçâo,* segundo o qual o valor da indenização corresponde a todos ot elementos da propriedade, de modo que representa soma de valor a; *b)* o *principio da pluralidade de indenizações* segundo o qual a cada direito, que os demandados perdem, corresponde um valor. O principio a) tem variantes, dentre as quais a“) o da unicidade da indenização quanto aos direitos reais, a”) o da unícidade da indenização quanto ao direito ou direitos diretamente atingidos e a”“) da unicidade de indenização quanto a quaisquer direitos (posse, locação, etc.). No Decreto n. 4.956, de 7 de setembro de 1903, art. 31, § 1.0, adotou-se o principio *a),* o que mais explicitamente se disse no Decreto-lei n. 3.365, art. 31. Quando o mil. 26, 2.8 parte, estatui que “não se incluirão (no valor da indenização) direitos de terceiros contra o ex propriado”, apenas alude a direitos que não recaem no bem, ou~ no direito desapropriando. Não se incluem, mas indenizam-se. Quando se trata de direitos que recaem sôbre o bem, como os direitos reais, no valor da indenização se incluem os valores deles, razão por que se dá a sub-rogação. Quando se trata de direitos obrigacionais, não se incluem; a

indenização é à parte. Se o possuidor do bem tem direito a indenização ou a frutos, ou a benfeitorias anteriores à declaração de desapropriação, o desapropriante há de justa e prêviamente indenizar ou entregar. N~ se computou na indenização o valor da posse; deve ter sido subtraído a ela. As benfeitorias necessárias posteriores à declaração são indenizadas, ainda que após a entrega da prestação indenizatória pela posse, e a espécie é regida pelo aq., 26, parágrafo único, 1. parte, porém não se trata de indenização pela desapropriação (Código Civil, art. 517), razão por que o art. 519 do Código Civil incide, por analogia. As benfeitorias úteis posteriores à declaração de desapropriação somente se indenizam se as autorizou o desapropriante (art. 26, parágrafo único, 2.8 parte).

Se o bem está alugado, incide o art. 26, 2. parte, do Decreto-lei n. 3.365, e não o art. 31, ainda que se haja registado o contrato com a cláusula de ter de ser respeitado pelo adquirente. Não há, ai, direito real. O trato das benfeitorias feitas pelo locatário é o mesmo dos outros possuidores, por coincidirem as regras jurídicas (Código Civil, art. 1.199; Decreto-lei n. 3.365, art. 26, parágrafo único), o que simplifica a questão, pois seria de discutir-se se o art. 26, parágrafo único, do Decreto-lei n. 3.365 incide, ou se incide o art. 1.199 do Código Civil; mas a verdade está em que não há incidência do art. 1.199, e sim do art. 26, parágrafo único, que se refere às benfeitorias feitas pelo que sofreu com a desapropriação. O valor do fundo de comércio é indenizável. Tem-se pretendido que, no processo da desapropriação, o locatário ou outro possuidor não tem entrada para pedir a indenização. Mas ~há, aí, desapropriação, ou se dá fim à relação jurídica por outro meio" A Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.8

parte, *in fine,* estaria ferida se o desapropriante não indenizasse o locatário ou outro possuidor. Se não há outro meio para se extinguir a relação jurídica, o desapropriante tem de chamar a juizo o possuidor, contra o qual, sem eficácia de coisa julgada, o mandado de imissão de posse seria contrário à Constituição de 1946 e ao sistema jurídico brasileiro.

2."PROPRIEDADE", NO ART. 141, § 16, 1.CONSTITUIÇÃO DE 1946. O Decreto-lei n. 3.365, art. 26, *verbis*

"no valor da indenização não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado", apenas estabelece que se lhe indeniza, a êsse, z y, a fim de que, vindo o possuidor com a sua pretensão, se lhe preste y, ou o valor de tempo em que se lhe tire o direito. Tal raciocínio é conseqUência necessária da opinião que vê na palavra "propriedade"

do art. 141, § 16, 1.8 parte, *in une,* da Constituição de 1946, qualquer direito patrimonial. O sujeito passivo da desapropriação do bem alugado não é só o proprietário; são-no o proprietário, os titulares dos direitos reais e os de direitos obrigacionais, que tenham posse. A diferença de trato apenas consiste em que os direitos reais limitados se computam na indenização, para que se dê a sub-rogação, enquanto fica de fora da indenização *ao proprietário* a indenização aos que têm direito de posse da coisa, inclusive o de retenção. Dir-se-á que em nenhuma das suas regras jurídicas o Decreto-lei n. 3.365 se referiu à citação de outras pessoas que o proprietário do bem; só cogita dêsse (art. 16). É certo que o art. 16 apenas diz que a citação se faz ao "proprietário". Mas proprietário, aí, é qualquer titular de direito real, em se tratando de bem imóvel, ou móvel, regido pelo direito das coisas, e qualquer titular de direito ou direitos obrigacionais que se pretendam desapropriar. Quando a União, fundando-se no art.

146 da Constituição de 1946) intervém na economia, de modo a desapropriar direitos pessoais, tem de indenizar *(idem,* quanto às requisições não-expropriativas). As requisições expropriativas, essas, somente cabem na classe das requisições de que fala o art. 141, § 16, 2.~ parte. Se, quanto ao bem, há direito formativo de outrem, oriundo, ou não, de pré-contrato de aquisição, tem de ser indenizado.

Por onde se vê que o principio adotado pelo Decreto-lei n. 3.365 foi o principio da unicidade da indenização do direito diretamente atingido, ou dos direitos diretamente atingidos. Se o objeto da desapropriação é o direito de propriedade, têm-se de incluir no cômputo, somados ao valor do dominio os valores dos direitos reais quaisquer.

Se o objeto da desapropriação é o contrato de aluguer) porque há necessidade pública, ou utilidade pública, ou interesse social, em que se desaproprie, o valor de tal direito e o dos direitos sôbre êles têm de ser computados numa só indenização. Todavia, os direitos do locatário não se computam, porque não recaem sôbre o bem, nem se haveriam de sub-rogar no quanto da indenização. Tais direitos, ainda assim, são atingidos pela desapropriação: ou o desapropriante propõe a ação contra o proprietário *sensu atrieto* e contra o locatário ou quem tenha direito de posse da coisa, proprietário *sensu tato,* cumulação subjetiva permitida; ou propde duas ações de desapropriação. A sentença contra aquele, quer se trate da sentença do art. 22 (homologatória da oferta aceita), quer da sentença do art. 24 e parágrafo único (fixadora da indenização, se não houve concordância), quer da sentença do art. 29 (final), não tem eficácia contra êsse, e o mandado de imissão de posse contra esse seria ofensa a direito certo e líquido. O

mesmo racicionio há de ser feito quanto ao direito de passagem, ou de janela, ou de extensão de linha telefônica, ou de água, ou outro, que se não haja tornado *real.* Para se tirar a posse, ter-se-ia de contar com a eficácia constitutiva negativa da sentença do art. 29, e tal eficácia a sentença não tem.

3. ACORDO E INDENIZAÇÃO. Se a pretensão à desapropriação não se exerceu por via judicial, porque, feita a declara *ção* de desapropriação, o dono do bem e o desapropriante fizeram o acordo do art. 10 do Decreto-lei n.

3.365, ou o acOrdo previu a indenização aos outros titulares de direitos, de modo que a sentença final (art. 29) os extingue, espécie em que necessàriamente foram figurantes do acOrdo, ou o acOrdo foi apenas entre o titular do dominio e o Estado, não estando desapropriados os outros direitos reais (infração do art. 31), nem os direitos pessoais do art. 26, *is une.* Ou com êles sobrevém acOrdo, ou tem o Estado de ir com a ação de desapropriação. São direitos só desapropriáveis com as garantias do art. 141, § 16, 1.8 parte, *is fie,* da Constituição de 1946.

4.DIREITO REAL NAU COMPUTADO. Pode dar-se que se não tenha computado no valor da indenização algum direito real; então, não há pensar-se em sub-rogação no quanto indenizatório. O direito real ficou de fora. A desapropriação compreendeu o que se incluiu no valor da indenização, e não o que se não incluiu, O Estado tem de ir com outra ação de desapropriação. Se, em vez disso, deixou de ser parte no processo de desapropriação o titular do direito real e se lhe computou o valor no valor da indenização, a sub-rogação só se dá entre as partes, e a sentença é ineficaz *contra* o titular do direito computado. Pode êsse requerer que se respeite a sub-rogação, ou como medida preventiva, por ter de propor ação contra o Estado, ou definitivamente. Nesse caso, tem o juiz de mandar tomar por termo a sua concordância com o valor que se lhe deu ao direito, bem como com a desapropriação mesma, a fim de que, julgando a concordância, possa a sentença servir de titulo para o registro de imóveis. Se Estado e titular do direito real não figurante no processo, ou no acOrdo do art. 10 do Decreto -lei n.

3.365, entram em acordo à parte (art. 10), êsse acOrdo tem de ser homologado, se o valor fOra computado na indenização fixada em juízo; se o não foi, a homologação é supérflua. Seja como fOr, o direito real só se extingue com a transcrição e o cancelamento por

averbação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, 4, V).

5.ENFITEUSE E DIREITOS REAIS LIMITADOS. Quanto ao valor do direito de enfiteuse, o Decreto n. 4.956, de 9 de setembro de 1903, art. 83, base-a-se nas pensões, para o cálculo da indenização ao enfiteuta e ao subenfiteuta. O Decreto-lei n. 3.365 nada disse; donde: ou a) recorrer-se à legislação anterior, o que seria contra os princípios; ou 1)) invocar-se, por analogia, o art. 693 do Código Civil, que regulou o resgate do aforamento pela soma de vinte pensões anuais, de modo que se desapropriaria o dominio do enfiteuta e se resgataria o do senhorio (por abreviação, se desapropriaria pelo valor para resgate), sendo que por igual critério se desapropriaria o direito do subenfiteuta (que também se livra do enfiteuta pelo resgate, segundo o art. 694, o que M. SEABRA FÂGUNDES, *Da~Desapropriação,* 428, não viu, pois escreveu que, "para os casos de subenfiteuse não é possível encontrar solução dentro do Código Civil", a despeito de pagar pensões enfitêuticas o subenfiteuta e existir, bem junto ao art. 693, o art. 694) ; ou e) permitir-se ou a), ou a avaliação separada dos dois dominios.

A 1.8 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de junho de 1940 (1?. Ft, 84, 628), decidiu que a indenização ao proprietário do terreno enfitêutico é a de um laudêmio e vinte foros. Confirmou-o a 2.8 Turma, a 14 de outubro de 1947 *(O D.,* 56, 195). Finalmente, assim disse o Supremo Tribunal Federal, a 10 de agôsto de 1949 *(Á.* 3"., 92, 142).

As servidões extinguem-se pela desapropriação independentemente do cancelamento, diz o Código Civil, art 708:

"Salvo nas desapropriações, a servidão uma vez transcrita", aliás inscrita, "só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada". Com isso, não se diz que, desapropriado o bem, dominante ou serviente, se extingam as servidões. Isso somente ocorreria, quanto ao bem serviente, se destinado ao uso de todos (Código Civil, art. 66, 1), por passar a pertencer a todos. O art. 708 apenas dispensa, se transcrita sentença que desapropriou a servidão, ou o bem serviente e a servidão, que se cancele a inscrição. O valor da servidão é o em que acordarem os interessados, ou o que a sentença fixar.

Quanto ao usufruto, o art. 738 estatui: .... . fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele fôr desapropriado. . . ". Ai, há desapropriação do prédio e desapropriação

do usufruto; tem de ser citado o usufrutuário. Dá-se o mesmo em se tratando de uso, ou de habitação, se o dinheiro se destina à aquisição de prédio (Código Civil, arts. 745 e 748). Se o Estado somente quer a desapropriação do uso, ou da habitação, tem de ser avaliado o direito, para que o usuário, ou o habitador receba a indenização. Dá-se o mesmo se sOmente outro direito real, fora o dominio.

Quanto à renda constituída sObre imóveis, o art. 749 estabelece: "No caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, de prédios sujeitos à constituição de renda, aplicar-se-á em constituir outra o preço do imóvel obrigado~". Deposita-se o quanto a ser aplicado, dando-se sub-rogação real.

Tratando-se de anticrese, ou de hipoteca, ou de penhor, ou de caução, o crédito recai, por sub-rogação, no valor da indenização, de jeito que se solva a dívida, ou o que se possa (Código Civil, art. 762: "A dívida considera-se vencida: V. Se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço, que fôr necessária para pagamento integral do credor"; se a divida é garantida por mais de um bem, e nem todos foram desapropriados, o vencimento é quanto à parte, "subsistindo a divida reduzida, com a respectiva garantia, sôbre os demais bens não desapropriados", art. 762, § 2.~).

Disse o art. 808, § 2.0, referindo-se à preferência sObre o preço, que "não a terá sObre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruido, nem, se fôr desapropriado, sObre a da desapropriação". *Iniqua lez!* O pensamento do legislador todo se confinava na percepção dos frutos pelo credor anticrético, e escapou-lhe que a desapropriação sub-roga o bem na indenização, que também dá frutos. O Decreto-lei n. 3.365, art. 31, teve a função, têcnicamente feliz, de derrogar o art. 808, § 2.~, no que concerne à desapropriação. O quanto tem de inverter-se em bem que renda, a fim de se ir saldando a dívida anticrética. Se há obstáculo a isso, a anticrese é hipoteca com o s *ua* da percepção das rendas, de modo que, se ocorre não se poderem perceber os frutos, se há de tratar o crédito anticrético como o crédito hipotecário. Aliás, ou o art. 749 incide por analogia quanto à anticrese, ou é tal tratamento, à semelhança da hipoteca, que se lhe tem de dar.

6.DESÂPROPRIEAÇÃO DE ELEMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. Pode-se só desapropriar o elemento do direito de propriedade, *e. g.,* o direito de usufruto, o direito de uso, o direito de servidão (ou elemento para constituí-la); ou somente parte indivisa, ou divisa. É preciso que a cisão seja admissível em direito civil. Não é

contra o direito civil a desapropriação para a passagem de túnel para estrada de ferro, ou bonde elétrico, ou simples estrada de rodagem (C. F. GRÚNHUT, *Das Enteignungsrecht,* 74). O único obstáculo, em tais matérias, há de ser a inconstruibilidade jurídica, em direito civil. Naturalmente, o demandado pode objetar que a desapropriação há de ser total (HAiRTMANN, *Gesetz itber die Zwoatgsabtretung,* 24), se a lei de desapropriação o permite, em vez da indenização completa. O Decreto-lei n. 3.365, art. 2.0, § 1.0, permite-o: "A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se

tornará necessária quando de sua utilização resulte prejuízo patrimonial do proprietário do solo". Pode ser necessária a desapropriação do espaço aéreo, como se o desapropriante precisa de travessia aérea acima de tantos metros, de modo que o dono do terreno fique impedido de construir acima disso. Tal desapropriação se constrói como servidão de passagem, ou de vista, ou outra *(e.* g., a de captação de radiocomunicações e de emissão). O

subsolo pode ser desapropriado sempre que seja necessário, ou útil, ou de interesse social, e cause danos ao proprietário, que tem direito à indenização. O art. 2.0. § li), deixa de fora a utilização do espaço aéreo e do subsolo se nenhum prejuízo patrimonial causa ao proprietário do solo. AI, há simples limitação ao direito de proprietário: o ato de utilização não é desapropriativo; nem se indeniza onde não houve dano. O assunto é extremamente importante quando se tem de construir túnel para estrada de ferro, ou bondes elétricos, ou subterrâneos. Se nenhum dano há, não é preciso fazer-se o processo de desapropriação, nem, sequer, a declaração de desapropriação. Veja Tomos 1, §§ 182, 2, 186, 6, 188-190; VI, § 658; XI, §§ 1.163, 1.164, 1.215, 1.222, 8; XII, § 1.538.

1 1.614. Pressupostos da necessidade pública, utilidade pública, ou intensas social 1.CONSTITUCIONALIDADE DOS PRESSUPOSTOS DE DIREITO MATERIAL. O pressuposto de direito material do fundamento da desapropriação é de ordem constitucional. Nem a lei pode dispensá-lo; seria nula a regra jurídica que o dissesse. Nem pode a lei deixar que se decrete a desapropriação sem que satisfeito esteja. O

que a lei pode adiantar é na exemplificação os fatos que perfazem o pressuposto. Os conceitos são constitucionais.

2.CONcEIToS DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Tem-se dito que o

conceito de utilidade pública é tão amplo que se não justifica tê-lo o legislador constituinte desdobra em três (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). Sem razão: se o que é necessário é útil, nem todo o útil é necessário, e pode haver interesse social sem haver necessidade pública, ou utilidade pública. A Constituição Política do Império (art. 179, 22) só se referiu a "bem público". A Lei n. 422, de 9 de setembro de 1826, aludiu à necessidade e à utilidade (arts. 1.0 e 2.0) e dava a apreciação daquela à justiça e dessa à legislatura (art. 3.0). A Constituição de 1891 recebeu a dicotomia (art. 12,

§ 17), influindo na terminologia do Decreto ix. 4.956, de 9 de setembro de 1903, da Constituição de 1934, art. 113, 17), e da Constituição de 1937, art. 122, 14). A referência ao interesse social, que apareceu no art. 141, § 16, 1.

parte, *in fins,* da ConstituIção de 1946, tem por fito frisar que basta o interesse social de composição, de apaziguamento, de previdência e prevenção para que se legitime a desapropriação. Não é preciso que êsse interesse seja público, de todos, *2iublicum, populicum,* do povo. A inserção dos arts. 145-148 de certo modo impunha a dilatação dos fundamentos para desapropriar. A necessidade supõe que algo não possa continuar, ou iniciar-se, sem a desapropriação, para se transferir ao Estado, ou a outrem, ou se criar ao Estado, ou a outrem, ou para se destruir ou extinguir o que é da pessoa a quem se desapropria. Já em utilidade só se alude a conveniêneia, a uma das soluções ao problema que preocupa o Estado. Em interesse social, nem se vê o interesse geral do povo, nem o do Estado; basta que a desapropriação sirva a algum fim social, ainda que não de todos, nem da ent idade de direito público desapropriante.

A lei ordinária brasileira não pode ir além do que se possa inserir nos conceitos de necessidade pública, utilidade pública e interesse social. Nem as autoridades administrativas podem ir além do que permitiu, enchendo de espécies aqueles conceitos, a lei ordinária. TOda invocação de legislação e doutrina estrangeiras é espúria; o sistema jurídico brasileiro tem os seus

princípios próprios, reafirmados ou estendidos a 18 de setembro de 1946.

Na Lei n. 422, de 9 de setembro de 1826, arte. 1.0 e 3□O, distinguiam-se a desapropriação por necessidade pública, cuja

verificação, a requerimento do Procurador da Fazenda Pública, seria feita perante o juiz do domicilio do proprietário, e a desapropriação por utilidade pública, que só se faria por lei (especial), pedida pelo Procurador da Fazenda. As Constituições de 1891, art. 72, § 17, de 1934, art. 113, 17), e 1937, art. 122, 14, repetiram a dicotomia. Não se tornou matéria constitucional o diferente trato processual das duas espécies. A tricotomia de 1946 tem a mesma sorte; apenas explicita o conteúdo do pressuposto do ato desapropriativo. Para a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.~ parte, *in luze,* pode a desapropriação ser de interesse social, sem ser públicamente útil, ou piiblicamente necessária: distingue-se interesse público, isto e, de todos ou do Estado, e interesse de camadas sociais ou da sociedade. A política da melhor distribuição dos bens da vida e de justiça social (Constituição de 1946, arte. 145-148) nem sempre teria base para a desapropriação por necessidade pública, ou utilidade pública: a alusão ao interesse social, como fundamento suficiente, corta pela raiz os argumentos, contrários a ela, que poderiam surgir.

3.UTILIDADE E NECESSIDADE DO PATRIMÔNIO DOMINICAL.

t preciso que se não confunda necessidade pública, ou utilidade pública, com o ser necessário ou útil ao patrimonio dito “dominical” (Código Civil, art. 66, III) do Estado. Não há desapropriação porque o bem convenha à Fazenda Pública, porque ai se trata de interesse privado da União, do Estado-membro, ou do Município (W.

VON ROELANO, *tu,*“ *Theorie trnd Praccia,* 15; C. F. GRÚNHUT, *Das Enteignungsreckt,* 79), como se o Estado precisa do prédio para instalar a administração dos seus bens dominicais, ou porque, com a área exproprianda, vizinha a prédio seu, conseguiria maior preço por metro quadrado ou de frente.

4.CONTEÚDO DA CONTESTAÇÃO. No art. 20, disse o Decreto-lei n. 3.365: “A contestação só poderá versar sôbre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”. Já no art. 9□O se havia aventurado ser vedado, no processo de desapropriação, decidir a justiça se se verificam, ou não, os casos de utilidade pública. Tal regra jurídica de não-cognição é contrária ao art. 141, §§ 16, 1.8 parte, *in iute,* e 40, da Constituição de 1946. Se o caso não cabe na enumeração legal, ou nas exemplificações da lei, tem o juiz de considerar *ilegal* a declaração de desapropriação; se é a lei, em que êle cabe, que é contrária à Constituição de 1946, art. 141, § 16, *in fite,* tem o juiz de decretar a

inconstitucionalidade da lei e, em seguida, a inconstitucionalidade da declaração de desapropriação. No que se refira à alegação de não ser caso de necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, a 2.~ parte do art. 20 do Decreto-lei n. 3.365 é contrária à Constituição de 1946, pois se trata no sistema jurídico brasileiro de pressuposto da pretensão à tutela jurídica da desapropriação. Seria o mesmo o racicionio quanto à incorporação do bem à Fazenda Pública, ou quanto à simples perda da propriedade, sem se ter prestado a quantia da indenização.

5.SEGURANÇA CONSTITUCIONAL E DESAPROPRIAÇÃO. No Decreto n. 4.956, de 7 de setembro de 1903, art. 10, dizia-se: “Nenhuma autoridade judiciária ou administrativa poderá admitir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação dos planos e plantas por decreto”. No art. 15: “A forma judicial da desapropriação não tem outro fim senão regular e estatuir sôbre as indenizações e prévio pagamento, ou depósito, da quantia ou quantias fixadas para o efeito da imissão da posse em favor do desapropriante, ou empresa não das obras”. A 2.8 Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal (4 de agOsto de 1905, *R. de D.,* 1, 163 e 171) admitiu o exame judicial para reduzir a área desapropriada.

O Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1891, que não continha regra jurídica semelhante à do art. 141, § 4□0, da Constituição de 1946, nem à do art. 141, § 24, decretou a nulidade do art. 10 do Decreto n.

4.956, dizendo: “Em

face da exigência constitucional, garantidora da propriedade particular” (referia-se ao art. 72, § 17, da Constituição de 1891), “qualquer lei estadual ou federal que reduzir o processo da desapropriação a discussão restrita sObre. o valor da coisa desapropriada, vedando o exame da juridicidade legal da desapropriação, terá anulado disposição constitucional, na qual o direito de propriedade individual” *(R. de D.,* 41, 537). Sob a Constituição de 1937 e no intervalo ditatorial de 1930-1934, houve julgados divergentes (Supremo Tribunal Federal, 3 de dezembro de 1930, *Á. .1.,* 16, 215, e 16 de junho de 1940, *R. F.,* 84, 345 s.; Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 12 de dezembro de 1938, 77, 326). Tal mancha teve de apagar-se, sem qualquer dúvida, diante do art. 141, § 4?, da Constituição de 1946, repondo nos seus destinos o direito nacional, tão bem revelado, na espécie, pelos argumentos e conclusão de RUI BAREOSA *(Comentários,* V, 415 s.), que a

extravagância contraditória de F. WHITAKER *(Da Desapropriação,* 2~a ed., 22 e 76), própria do Estado policial, não poderia empanar. A jurisprudência entre 1930 e 1934, 1937 e 1946, é imprestável, pelo clima politico em que se distilou. Os votos vencidos é que estavam na linha do direito brasileiro (e. *g., Á. .7.,* 25, 185, e 36, 181 s.). A opinião de M. SEANtÁ FACUNDES *(Da Desapropriação no direito brasileiro,* 166 s.) que foge à repulsa da regra jurídica do art. 92 do Decreto-lei n.

3.365, por se admitir que se ataque a desapropriação (Decreto-lei n. 3.365, art. 20), desatende a que a sentença na ação pode não vir a tempo de obstar a desapropriação, a que a reivindicação é excluída pelo art. 35 do Decreto-lei ii 3.365 e a que o art. 35 é, também êle, contrário à Constituição de 1946: quando o art. 141, § 4.‟?, vedou que a lei excluisse da apreciação judicial qualquer lesão a direito individual, não lhe permitiu que deixasse a ações tardias a apreciação de atos que, sem o exame imediato, estariam consumados. O argumento, que se poderia levantar, de ser possível intentar-se tal ação logo após a publicação do decreto de declaração de desapropriação é sem pertinência: a ação de desapropriação também poderia vir imediatamente. A nossa opinião, única compatível com a Constituição de 1946, é a de que o juiz deve admitir a discussão dos pressupostos necessários à desapropriação, salvo se o próprio dono do bem prefere a discussão na outra ação que intentou, e na qual não cabe a exceção de litispendência.

A declaração de desapropriação é que marca o que há de. ser desapropriado, objetivamente (qualitativa e quantitativamente). Cabe apreciação judicial de estar nela incluido, ou não, o bem, ou a parte do bem (l□B Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de julho de 1906, li. *de D.,* VIII, 117). Bem assim, a verificação de estar o pedido do Estado nos limites da declaração de desapropriação.

§ 1.615. Pressuposto da declaração de desapropriação

1.IMPORTÂNCIA DA DECLARAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.

O pressuposto da declaração de desapropriação é pressuposto formal (J. HATSCHEK, *Lehrlní.eh,,* 5Y~7.a ed., 280), que se satisfaz em decreto, ou em lei, seguida de execução (Decreto

-lei n. 3.365, arts. 2?, § 2.‟, *in fite;* e 8.~: “O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo praticar os atos necessários à sua efetivação”). A declaração

de desapropriação afirma que o bem a ser desapropriado é de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social. Durante o processo, o demandado pode negar que isso ocorra, cabendo-lhe o anus de afirmar, porém não o de provar. O desapropriante afirmou; o anus da prova incumbe-lhe. O processo iniciado sem a declaração de desapropriação é nulo. A falta é insuperável, porque haveria de preceder à propositura a declaração de desapropriação. Em todo caso, se o juiz, pelo pedido, pela contestação e pelas provas, pode decidir que não procede a ação, a nulidade processual não é óbice a que o faça (Código de Processo Civil, art. 275).

2.SUPERVENIÉNCIA DA CONSTITUiÇÃO DE 1946. Discutiu-se se, após a Constituição de 1946, o art. 6.0

podia considerar-se em vigor, uma vez que a existência de Poder Legislativo, federal, estadual, distrital e municipal, exigiria a lei. Procurou-se fundamentar solução afirmativa contra a solução negativa, mais corrente.

Certamente, a lei sObre desapropriações é uma coisa, e outra, a declaração de desapropriação, que é exercício do direito de desapropriar (evite-se dizer aplicação da regra jurídica geral ao caso particular: a lei incide sObre todos os casos que são suporte fáctico para ela; incidindo, nasce o direito a desapropriar, de que a declaração de desapropriação, ato administrativo, é exercício). Se o decreto de desapropriação pode ser expedido sem que a União, o Estado-membro, o Território, o Distrito Federal, ou o Município esteja autorizado, *in cans,* é questão que se há de resolver dentro do sistema jurídico da entidade desapropriante. A União somente exige a autorização legislativa quando se trate de desapropriar bens de outras entidades (Estados-membros, Territórios, Distrito Federal, Municípios). Porém é preciso entender-se o que se passa: segundo a lei de desapropriações (Decreto-lei n.

3.365, arts. 2/" e 6.0), desde que os pressupostos, apontados na Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.~ pane, *in tine,* e por ela, estejam satisfeitos, há incidência da regra sobre todos os casos, nascendo à União o direito de desapropriar, quiçá também, a outras entidades, ou só a alguma ou algumas dessas, exceto, todavia, quanto à União, em se tratando de bens dos Estados-membros, Territórios, Distrito Federal e Municípios, porque o art. 2.0,

§ 2.0, exigiu mais um pressuposto, o da autorização legislativa. Dá-se

o mesmo em relação à desapropriabilidade dos bens do Municipio pelos Estados-membros, ou pelos Territórios. A *ratio legi.s* é evidente. Teme-se que o Poder Executivo abuse do direito de desapropriar, tratando-se de bens pertencentes a unidades menores. Isso não quer dizer que a declaração de desapropriação passe a ser *pelo Poder Legislativo.* A autorização, que, aí, é *plus,* tem de ser dada pelo Poder Legislativo; não a declaração de desapropriação. Se a lei disse "fica declarada a desapropriação do bem A", ainda assim se há de ler a lei como de

autorização: o Poder Legislativo apenas completou, com o elemento da autorização, o suporte fáctico. A necessidade ou desnecessidade da autorização é problema de técnica legislativa que nada tem com o problema da classificação do ato de declaração de desapropriação, que é ato administrativo de exercício de direito. Os juristas, sobretudo italianos, que vêem na exigência da autorização, em certos casos, substituição do ato administrativo, não prestaram atenção suficiente à distinção meliminável entre autorização e declaração „de desapropriação, ainda quando se encurte o tempo, concebendo-se a sanção da lei como tendo em si, já, o ato administrativo de declaração de desapropriação (fusão formal dos dois atos, um integrativo da lei, e outro de execução). A lei que diz "Ficam desapropriados os bens A. B e (2" é elíptica; há-se de ler como se dissesse: "Fica o Poder Executivo autorizado a declarar a desapropriação dos bens A, B e C". Nem o Poder Legislativo declara a desapropriação, nem, com mais forte razão, desapropria. A própria declaração de desapropriação é a elipse de "declaração de que os bens A, B e C

vão ser desapropriados".

Quanto aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, se é preciso, ou não, decretar-se declaração de desapropriação não cabe a qualquer deles dizer: a lei federal o disse. Não assim quanto à autorização. A União, no art. 2.", § 2.0, do Decreto-lei n. 3.865, estatuíu ser necessária naquelas espécies; as Constituições estaduais e as leis orgânícas, ou as legislativas locais podem exigi-la noutras espécies, porque estão a regular exercício de poderes locais. Tais regras jurídicas, que edictassem, não seriam contrárias à Constituição de 1946, art. 52, XV, *g),* nem infringiriam o direito federal do Decreto-lei *ii.* 3.365. É verdade que, à diferença da Constituição de 1934, art.

5.~, XIX, *d),* e § 8.0, a Constituição de 1946 não permitiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a legislação supletiva ou complementar, em matéria de desapropriação, porém o *plus* da autorização é, aí, regra de exercício dos poderes, que a União não pode tirar aos Estados-

membros e ao Distrito Federal. Por exemplo: o art. 20, *c),* da Constituição do Estado de São Paulo diz tocar à Assembléia Legislativa autorizar desapropriações; não disse

"qualquer desapropriação". Se o tivesse dito, não seria contrária à Constituição de 1946, nem ao direito federal.

Não no disse; de modo que se há de interpretar o art. 20, e), como alusivo aos casos em que a autorização seja necessária pela lei federal, ou pela lei local.

3.NATUREZA DA DECLARAÇÃO DE DESAPROPRIÁÇÃO.

O *ato-exercício* é ato administrativo, de direito público, com que se precisam qual o direito que se exerce, quais os elementos do suporte fáctico que entrou no mundo jurídico e se fêz fato jurídico, de que se irradiaram direito, pretensão e ação de desapropriação. Ésse ato não pode ser praticado por particulares, pois que se trata de exercício de *ius erninens* público, que se inclui no *imperium.* Só a autoridade pública pode praticá-lo. É intransferível o direito; intransferível a pretensão,ou a ação. Se o Estado prometeu desapropriar, a pretensão é contra êle; se d isse ter transferido o direito de desapropriar, ou se há de decretar a nulidade de tal negócio jurídico, ou, mediante conversão, se há de entender que apenas criou contra si pretensão de direito público a que o Estado desaproprie.

"A declaração de utilidade pública", diz a lei, "far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito" (Decreto-lei n. 8.365, de 21 de junho de 1941, art. 6.0). ~ Qual a natureza dessa declaração? Declaração de conhecimento há em seu conteúdo, pois há de indicar o que se vai desapropriar, qual a necessidade pública, ou utilidade pública, ou interesse social que se invoca. Não é necessário dizer-se a preço por que se vai expropriar. Há, porém, no conteúdo do ato, declaração de exercício de direito, portanto de vontade. O

titular do direito desapropriando sabe, desde a publicação do decreto, que o direito vai ser desapropriado dentro do prazo de cinco anos : "A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto, findos os quais êste caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração"; cf., para o Distrito Federal, Decreto-lei n. 9.282, de 23 de maio de 1946). Se o decreto da declaração de desapropriação causa

danos ao titular do direito desapropriando e não desapropriado, cabe pretensão à indenização com base no art. 194 da Constituição de 1946.

4.CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. O ato de declaração de desapropriação é de direito público e tem de ser de conformidade com o art. 141, § 16, 1.a parte, da Constituição de 1946 e as leis em vigor, que rejam a desapropriação. Somente se diz, necessàriamente, o que se vai desapropriar e porque se vai desapropriar. Tudo mais ou se estabelece por acOrdo, ou por processo judicial. A declaração de expropriação é mero exercício do direito formativo extintivo, porém *ainda* sem eficácia extintiva, porque a Constituição estabeleceu que antes de tal eficácia teria de ser indenizado, com justiça, o que perde com a desapropriação. A relação jurídica processual que se estabelece com a ação de desapropriação, sucedeu o acOrdo que é negócio jurídico, é da estrutura "entidade política desapropriante . Estado (juiz), Estado (juiz) * pessoa contra quem se desapropria o bem". Tudo que se pode passar entre Estado e a pessoa de direito público ou privado, a favor de que se faça a desapropriação, é estranho à relação jurídica processual da desapropriação: é entre a entidade desapropriante (Estado) e a pessoa a favor de quem se está fazendo a desapropriação. Desapropriante é sempre o Estado. A declaração de desapropriação deu a medida *(lato seneu)* do que se há de desapropriar; e deu o fundamento legal, que se há de conter num dos fundamentos constitucionais. É tudo isso que há de ser provado pelo desapropriante. O Onus da prova incumbe-lhe. Nada se presume ser de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, para ser desapropriado. Ao que vai sofrê-la é que incumbe combater as provas e provar o que, por fundamento aliunde, pré-exclui o direito de desapropriar *(e. g.,* o ter-se enurido êsse direito por estar satisfeita, noutro processo, ou acOrdo em desapropriação, a necessidade pública, ou o ter desaparecido a utilidade pública, ou o interesse social, por se ter descoberto outro meio, mais eficiente, de solver o problema de utilidade pública, ou de interêsse social).

A declaração de desapropriação há de ser em decreto. "A declaração de utilidade pública far-se-á", diz o Decreto-lei n. 3.365, "por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito". É ineliminável o ser em decreto, para que ato administrativo de tal relêvo tenha ampla publicidade, no interesse do Estado e dos que podem sofrer a desapropriação. Ainda que se venha a dar a composição por acOrdo, não se dispensa o decreto com a, declaração de desapropriação. Sem êsse, o acOrdo foi de compra-e-venda e não sObre a indenização ao que é dono do bem desapropriado. Não há

desapropriação sem o prévio decreto de desapropriação. Ao fazer-se o acOrdo há-se de referir o decreto; e é requisito da petição inicial estar com êle instruída (Decreto-lei n. 3.365, art. 13).

Oprazo de um ano, que se fixa, para somente após êle se poder publicar, eficazmente, outra declaração de desapropriação sObre o mesmo bem, tem por fito evitar que a administração continuamente possa submeter os proprietários ao mesmo vexame. Somente esse aspecto se há de ter como acorde com a Constituição de 1946: se, por um lado, é digno de tOda a proteção o direito do proprietário, não no é menos, por outro lado, o direito de desapropriar, tanto mais quanto o fundamento, a despeito da mesmeidade do objeto, pode mudar, e ter desaparecido, nos cinco anos, o fundamento, que depois reapareceu. Não há, a *priori,* contrariedade à Constituição de 1946, como parecera a FILAnELFO AZEVEDO, em voto vencido no julgamento da □

1 a Turma do Supremo

Tribunal Federal, a 27 de julho de 1944 *(R. de D. A.,* II, 1, 89-92). Há-se de entender, porém, que o art. ~ 2.~

alínea, só limita, temporalmente, o exercício do direito de desapropriar, por parte do Poder Executivo federal, dos Poderes Legislativo e Executivo dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; não o Poder Legislativo federal, que pode derrogar, ou ab-rogar a lei *(e. g.,* Decreto-lei n. 8.365, arts. 5~0 e 2.0, no tocante à desapropriação pela União dos bens dos Estados-membros e dos Municípios). Só está impedida, por um ano, de exercer o direito de desapropriar aquela entidade pública que fizera a declaração de desapropriação.

Todavia, para obviar aos inconvenientes da tardança de cinco anos no se efetivar a desapropriação, pode o proprietário do bem propor a *ação provocatória,* ordinàriamente, ou sob a forma cominatória (Código de Processo Civil, art. 302, XII). O Estado, por sua vez, pode notificar o proprietário, ou publicar decreto que, alegando a desaparição do interesse no desapropriar, restrinja, até o dia da notificação, ou da publicidade, a sua responsabilidade pelos danos.

§ 1.616. Indenização e seus pressupostos

1.INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO. A conciliação da necessidade de se satisfazer interesse público com o principio da

inviolabilidade da propriedade tinha de ser no sentido de se permitir a desapropriação mediante o equivalente da coisa desapropriada. Primeiro, cogitou-se de indenização, frisou-se, depois, que havia de ser completa e acabou-se por se exigir que fOsse prévia. No intervalo, caracterizou-se que a tutela jurídica pela administração não basta, tanto mais quanto é o Estado a entidade interessada, ativamente, na desapropriação. A indenizabilidade tinha de ser em direito material e em direito formal conforme a concepção do Estado quanto a deveres perante o indivíduo, às vêzes sOmente submetida a regras de direito administrativo, o que por bem dizer dava a qualificação jurídica do instituto. A assimilação à compra-e-venda forçada já constituiu passo à frente, dando ensejo à teoria da compra forçada *(Zwangskauftheorie;* cf. C. F. W. J. HXBERLIN, Die Lehre von der Z~vangsenteignung, *Archiv .fiir die civilistiache Praxie,* 39, 201 s.; C. voN GERBER, *System,* l7.~ ed., 155 s.; F.

F~RsTER e M. E. EccIus, *Preussisclies Privatrecht,* ~ q□a ed., 138 s.). A contradição ressalta: contrato consensual forçado; além do vício, já denunciado por H. A. ZACHARIAE (Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, *Giittinger Gelehrte Anzeigen,* 1, 118), de se reduzir, por analogia, a instituto de direito privado o que pertence ao direito público. Foi P. LABAND (tYber die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, *Ârchiv /1& die civilistisclie Praxís,* 52, 170) quem mostrou (também M. LAYER, *Prinzipien des Enteignungsrechts,* 23), tratar-se de direito e dever nascidos no direito público, correspondendo a relação jurídica publicistica, e aludiu àquase contratualidade do dever e do direito à indenização. W. vON ROHLAND *(Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts,* 35) viu na indenização adimplemento de obrigação *ez lege.*

2.PRINCIPIO DA INDENIZAÇÃO. O principio da indenização é velhíssimo. Já DÓN CRISÓSTOMO

proclamava que por toda parte se quer que aquele, a quem se tomou alguma coisa, receba dos que lha tomaram o dinheiro que lhe custou. Mas faltava a qualificação, que desse ao principio tOda a sua eficiência tutelar: ser prévia e justa. Na Grécia, era o Estado que fixava o quanto e podia ser posterior a indenização. Em Atenas, no ano 403, já a perícia havia de determinar o valor. No direito romano, não havia o instituto da desapropriação.

O Poder Executivo pode argUir o ser contrária à Constituição de 1946 a lei feita, ou o projeto remetido à sanção, se, por exemplo, reduziu a tal ponto os casos ou espécies de fundamento para a desapropriação,

que eliminou o direito formativo extintivo, de que se cogita no art. 141, § 16, l.~ parte, *in .fine.* A regra constitucional não só limita espécie e casos,

a favor dos titulares de direitos, como também dá a extensão do direito de *imperium.* O ter de ser prévia a indenização é tradição do direito brasileiro (Constituição Política do Império, art. 179, inciso 22, 2.8 parte; Lei n.

422, de 9 de setembro de 1826; Constituições de 1891, art. 72, § 17; de 1934, art. 113, § 17; e 1937, art. 122, 14).

No Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, os arts. 7□O, 9~O, 20, 2.~ parte, e 32, □

2 a parte, são de inspiração

exótica, a despeito do Decreto n. 4.956, de 7 de setembro de 1903, com que se pretendia servir à política de remodelação da cidade do Rio de Janeiro e se edictaram regras jurídicas para todo o país.

§ 1.617. Pressupostos da indenização justa e prévia

1.TUTELA JURÍDICA E FUNÇÃO DO ESTADO. Diz-se, aqui e ali, que a tutela jurídica se tornou o fim principal do Estado moderno. Porém, com isso, se poderia entender que foi o Estado que se tomou essa missão.

Em verdade, o Estado teve de a receber; tal evolução se houve de operar. Onde ao Estado se deu atividade, que exija flectir-se o direito dos indivíduos, foi lhe impOsto observar, para essa ingerência, regras jurídicas limitativas e edictaram-se regras jurídicas que lhe criassem o dever de indenizar. Mais as funções do Estado se multiplicam e se intensificam, mais tem de ocorrer essas incursões na esfera jurídica dos indivíduos; porém tem êle de se fundar em lei para poder empreendê-las e ultimá-las e de tirar de si o que restabeleça o equilíbrio, imediatamente. Por vê;~s, essa exigência de não ser distanciada, no tempo, a reparação é de tal monta que leis e Constituições fazem anterior à incursão o próprio elemento de correção: indeniza-se antes de se desapropriar, para que, ao acontecer a perda, já esteja no patrimonio do desapropriando, fundado em causa

futura, o quanto indenizatório. Não se pode impedir a atividade do Estado, se o interesse público a exige; mas essa atividade não se pode exercer, sem que se invoque lei que a permita, que estabeleça como se há de proceder, para ser permitida, e sem que se preste o que corresponde ao dano sofrido. Só a lei em primeiro plano, a Constituição pode dizer se tais incursões são permitidas

(= não contrárias a direito). O que o Estado presta, indenizando, nada tem com as indenizações *ex delicto.* Não há, sequer, em tais atos, contrariedade a direito; portanto, não seria possível pensar-se em ilicitude do ato. Trata-se, de indenização por ato lícito, por ato que é exercício regular de direito. Nada há de comum entre tais indenizações e as indenizações por atos ilícitos (Código Civil, arts. 159 e 160). Se o Estado, no exercício dêsse direito, tem de prestar a indenização pelo efeito do ato desapropriativo *mais* o dano que porventura causar por irregularidade no exercício do direito de desapropriar, é outra questão. Ali, nenhum principio de direito civil é de invocar-se: o Estado pratica o ato, no exercício de direito seu; a indenização rege-se por outros princípios que os do direito civil.

Se, no exercício dêsse direito, pratica atos irregulares, há outros princípios, que podem ser de direito público ou não. Antes, § 1.587.

O direito à indenização pela desapropriação é direito público; não é direito civil. É pena ainda aparecer no comêço do século quem, como JAMES GOLDSCHMIDT (Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschãdigungspflicht, *Fesi gabe flir* Orro GIERKE, III, 146) tentasse sustentar o caráter civil da indenização. Só é de direito privado o efeito da perda de propriedade, ou de elemento dela.

Sempre que o Estado causa prejuízo a alguém, porque se lhe deu o direito de desapropriar (= invadir a esfera jurídica de outrem), tem de indenizar. Para que a indenização não seja devida, é preciso que o ato caiba no espaço aberto por limitação da propriedade. Daí a enorme relevância do conceito de limitação da propriedade. As limitações existem ainda sem qualquer ato do Estado; as requisições e as desapropriações supõem direito a ir além dêsses limites. Por isso, há de haver a indenização; ao passo que é raro tê-la de prestar o que não ultrapassa aqueles limites *(e. g.,* Código Civil, arts. 560 e 561 e 567).

Acima se falou de desapropriações e requisições. São êsses os dois conceitos que aparecem no art. 141, § 16, da Constituição de 1946; porém é preciso atender-se a que o ato estatal invadente da esfera jurídica pode não ser precisamente desapropriativo ou requisicional, *e.*

g., ser de fixação de preço.

Os arts. 145, 146 e 147 da Constituição de 1946 passam a ter alcance próprio, sem que, no permitirem-se os atos de justiça distributiva e de intervenção na economia, de que aquelas regras jurídicas constitucionais cogitam, se permita desapropriar sem indenização justa e prévia, ou requisitar fora das espécies que se pressupõem no art. 141,

§ 16, 2.~ parte, ou sem indenizabilidade. Desde que se espera o efeito que a desapropriação teria, isto é, a perda do direito de dominio ou de outro direito patrimonial, real ou pessoal, a indenização há de ser justa e prévia. Desde que se requisita de acordo com o art. 141, § 16, 2,a parte (= satisfeitos os pressupostos de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, e exigência do bem público, *publica utilitas* premente), nasce ao lesado a pretensão à indenização. Se não se invocou o art. 141, § 16, □

2 a parte, e o ato é de requisição, a indenização pelo Estado é por

ofensa ao direito de propriedade, *lato seneu,* ainda sem culpa, e não por incursão permitida na esfera jurídica do titular do direito. Teremos de dedicar aos atos que se praticam com invocação dos arts. 145, 146 e 147 da Constituição de 1946 capitulo especial.

2.ATO no ESTADO CONTRÁRIO A DIREITO. Em alguns sistemas jurídicos discute-se se existe princípio geral segundo o qual todo dano causado pelo ato administrativo do Estado tem de ser indenizado. De um lado, há a) quem sustente só se dar a indenizabilidade se lei a estabelece em determinada ou determinadas espécies (E.

LOENINO, *Lehrbuch,* 255); de outro, *b)* os que a limitam à desapropriação e à requisição; finalmente; *e)* os que enunciam haver a indenizabilidade sempre que há dano. Para os que afirmam *c~,* o fundamento ou é a tutela dos direitos adquiridos, portanto a regra do art. 141, *§* 82, da Constituição de 1946 (cf. O. voN GIERRE, *t)eutsches Privatreckt,* 1, 195, e O. BÚHLER, *Zu.stdncligkeit der Zivilgerichte,* 94 s.) ; ou a garantia da propriedade (Constituição de 1946, art. 141, *§* 16, ~a parte), a que só se abrem as exceções da desapropriação (art. 141, *§* ~ l.~

parte, *in tine)* e das requisições (art. 141, § 16, 23 parte), ainda assim assegurada a indenização; ou o princípio de isonomia (Constituição de 1946, art. 141, § 1.0), porque, se assim não fôsse, uns cidadãos suportariam encargos de que outros estariam livres (O. MÂYER,

Deutsches Verwaltungsrecht II, *§* 53) ; ou o fato social de ter-se dilatado o conceito de "desapropriação" (G. ANSCHÍYTZ, *Die Verfassung des deutscken Reichs,* 133 ed., 609 s., que, antes, pensava como em a), cf. *Der Ersatzanspruch aus Vermiigensbeschiidigungen,* is.).

Constituição brasileira de 1946, e o § 95 da Constituição de Vurtemberga tratar-se de pretensão à tutela jurídica. O

texto brasileiro tem a mais: não se assegura somente aos titulares de direito privado, mas a quem quer que seja lesado em direito individual, *lato seneu;* no plano processual, a tutela assegurada não se limita ao recurso: se há recurso, sem pressupostos que o cercejem, a exigência da tutela está satisfeita; se o não há, há, necessàriamente, a ação, razão por que o art. 141, § 24, funciona como ação de vanguarda: se não cabe a ação mandamental, cabe a ação adequada à lesão, ou a ordinária, com a eficácia sentencial que baste (cp. Constituição do Cantão de Uri, de 6

de maio de 1888, art. 51, e Constituição de Nidwalden, de 2 de abril de 1877, art. 51, que se não limitaram à referência ao recurso).

A lei pode sempre estatuir a indenizabilidade a despeito de ser legítimo e regular o ato administrativo. Se não há, o problema é de revelação da regra jurídica de indenização de direito público pelo ato lícito e de verificação, *in casu,* se ela incide. O art. 141, § 42, da Constituição de 1946 não basta porque êle não desce ao direito material da *res in judicium deducta:* confina-se no plano pré-processual, em que se cria a pretensão à tutela jurídica.

A verdadeira solução está em que: *a)* onde houve limitação ao direito de propriedade, o que somente pode ser em geral e respeitado o princípio de isonomia, indenização somente há quando a lei, que limita, o estabelece; *b)* onde não se trata de limitação ao direito de propriedade, e sim de ato desapropriativo, a indenização há de ser prévia; e) onde não se há de pensar em limitação ao direito de propriedade, nem em desapropriação, mas em requisição, a indenização pode ser posterior; *d)* onde não se limita, nem se desapropria, nem se requisita, mas apenas se *restringe,* há indenizabilidade, sempre que não se tem o Estado, *in easu,* como simples gestor de interesses comuns *(e. g.,* pré-exclui-se a indenizabilidade se o Estado, atendendo à dificuldade de desenvolvimento da área, devido à falta de água, constrói poço com igual sacrifício de todos os possuidores, ou de alguns, com decretação de taxa aos demais).

As interdições de construir, devido a terem de passar, futuramente, ruas, dão ensejo a indenizações se não era de prever-se, ao se adquirir a propriedade, que tais ruas tivessem de ser feitas. Também há de ser indenizada a perda de terreno oriunda de alargamento de rua, ou passagem de estrada, ainda que seja por interdições de construir. Em todas essas espécies, se há lei, a atividade do Estado é legítima. Nem por isso se há de deixar de indenizar.

3. INDENIZAÇÃO PRÉVIA (A). A indenização há de ser *prévia.* Prévia a que? Não à sentença que fixe a quantia da indenização: não se sabe de quanto é. Se há recurso, não cabe exigir-se o pagar-se, ou o depositar-se. Portanto a previedade é em relação à transcrição do título que é a sentença (somente a transcrição opera a perda da propriedade, tratando-se de bens imóveis) e em relação ao mandado de imissão, que o juiz não deve expedir antes de efetuado o pagamento ou depositada a quantia (Decreto-lei n. 3.365, art. 29).

No direito brasileiro, a indenização tem de ser prévia. De modo que não se pode dizer que seja efeito da desapropriação; é meio para se obter a desapropriação. Ainda para a posse provisória, é preciso que se deposite o valor dela. A respeito diz o art. 15 do Decreto-lei n. 3.365: "Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código Civil, o juiz mandará imiti-lo, provisoriamente na posse dos bens". No parágrafo único, segundo a redação que lhe deu o Decreto-lei n. 9.811, de 9 de setembro de 1946, art.

1.0, acrescentou-se: "Mediante depósito de quantia igual ao máximo de indenização prevista no parágrafo único do art. 27, se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, ou de quantia correspondente ao valor lançado para a cobrança do imposto urbano ou rural, proporcional A área exproprianda, a imissão de posse poderá dar-se independente da citação do réu".

4.INDENIZAÇÃO JUSTA. (B) A indenização há de ser justa. No art. 27, parágrafo único, do Decreto-lei n.

3.365, estabeleceu-se: "Se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o *quantum* da indenização não será inferior a dez, nem superior a vinte vêzes o valor locativo, deduzida prêviamente a importância do imposto, e tendo por base êsse mesmo imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação". A jurisprudência ora tratou o art. 27, parágrafo único, como fixador de

preço (5.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 23 de julho de 1944, *R. de D. Á.,* 1, 81 s.; Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 1934, II, 93 a.); ora como regra de presunção *iurís,* para admitir a prova de ser insuficiente o máximo (1.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de maio de 1942, *R. F.,* 92, 138; 4□8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11 de julho de 1941, *A. J.,* 61, 120; 30 de maio de 1943 e 27 de julho de 1944, *R. de D. Á.,* 1, 106-111; 5,8 Câmara Cível, 23 de julho de 1943, 1, 85-105; 5,8 Câmara Cível, 27 de outubro de 1942, *O D.,* 19, 316 s.; 8 de outubro de 1943, 1, 112 5.; 24 de julho e 30 de agôsto de 1946, *R. F.,* 111, 118 s.; 6.8 Câmara Cível, 7 de „maio de 1946, *11.* IX, 108, 512; Câmaras ReUnidas, 8 de agôsto de 1946, 111, 145; 3~& Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 26 de abril e Câmaras Reunidas, 14 de setembro de 1945, 1?. IX, 105, 229). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é nesse sentido (9 de julho de 1945, *J. C.,* 1, *2,* 381-384; 1.8 Turma, 22 e 27 de setembro de 1944, *A. .1,* 72, 345-349, *R. de D. A.,* II, 65-92).

Cumpre que se distingam a) a) argUição de inconstitucionalidade do art. 29, parágrafo único, do Decreto n. 3.365, que vem do direito imperial, 19 a questão da interpretação da regra jurídica e sua inserção ao lado do art. 27 e do art. 28, § 1$, que supõe condenabilidade da Fazenda acima do dôbro da quantia oferecida, o) a afirmação ou negação de poder haver, com a aplicação do art. 29, parágrafo único, enriquecimento injustificado da Fazenda, *d)* a afirmação ou negação de ser o critério do imposto pago apenas um dos elementos para a estimação, razão para só se ver no art. 29 regra de julgar.

r

A questão a) só se pode levantar se se toma o art. 29, parágrafo único, como regra de critério necessário e suficiente, a que se não pode contrapor ou juntar qualquer outro. A questão 14 também depende da inteligência que se dê ao art. 29, parágrafo único: se o juiz pode atender a outros critérios, completando o informe segundo o art. 29, parágrafo único, ou afastando-o, não há possibilidade de qualquer atrito entre o art. 29, parágrafo único, e os arts. 27 e 28, § 1.0. A questão *c)* supõe que tenha sido injusta a aplicação do art. 29, parágrafo único, portanto que o juiz tenha sido forçado, diante da regra jurídica de critério necessário, suficiente e único, a observá-lo: resvala-se na questão da inconstitucionalidade, porque a Constituição

de 1946 exigiu que a indenização seja *justa.*

A questão *d)* põe o problema em termos de ser discutido, porque implica que se dê resposta à questão da interpretação. Portanto dela é que, em bom método, se há de partir: se respondemos que o art, 29, parágrafo único, apenas oferece ao juiz um dos elementos para a avaliação do bem (3,~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27 de julho de 1943, e 8 de outubro de 1943, *1?. de D. Á.,* 1, 85-105, e 112 s.; 1a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de junho de 1942, *R. F.,* 92, 138; 3,~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 26 de abril de 1945, 1?. IX, 105, 329), não há a questão lO, nem pode passar do terreno do erro de julgamento a questão e). Assim, ou há afirmação de *d)* ou negação de *d).* Se se nega a *d),* surge a questão da inconstitucionalidade, porque a lei estaria a enriquecer, injustificadamente, o Estado, contra o art. 141, *§* 16, 1,a parte, *in fine,* da Constituição de 1946, *verbis* "justa indenização", criando as dificuldades de interpretação da lei, às quais alude a questão 14. Antes mesmo do texto de 1946, o Supremo Tribunal Federal (ia Turma, 22 de julho de 1946 e 9 de setembro de 1946, *1?. F.,* 108, 295, e 11, 108-106) e outros tribunais *(e. g,* Câmaras ReUnidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25 de julho e 8 de agôsto de 1946, *R. F.,* 111, 114 e 145; g,a Câmara Cível, 23 de julho de 1948, 12. *de 13. A.,* 1, 85-105, 26 de dezembro de 1944, 12. E". , 105, 70 a.; 4,a Câmara Civel, 30 de maio de 1948, 1, 109-111; 5~a Câmara Cível, 80 de agôsto de 1942, *O D.,* 19, 816 a., 24 de julho de 1946, 12. *F.,* 111, 118 s., 80 de agôsto de 1946, 111, 145) já haviam considerado contrário à Constituição o art. 29, parágrafo único, com tal interpretação de critério necessário, suficiente e único. De modo que a jurisprudência tôrno de é apenas de valor crítico à interpretação que ser a contrária à Constituição e serviu e serve a se afastar tal interpretação, mesmo porque só se deve julgar pela inconstitucionalidade se o texto que se argúiu de contrário à Constituição nau é suscetível de interpretação que o livre de tal mácula. No sentido de 6), há outros julgados *(e. g.,* 1,a Turma do Supremo TrV bunal Federal, 27 de julho de 1944, 12. *de D. A.,* II, 65-92; Câmaras ReUnidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19 de outubro de 1944, II, 674-679; 5,a Câmara Cível, 8 de outubro de 1943, 1, 112 s.; 1.a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de maio de 1942, 12. *dos T.,* 137, 651

s.; Câmaras ReUnidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 14 de setembro de 1945, 12. *F.,* 105, 835

s.).

O critério do art. 29, parágrafo único, é necessário; pode ser suficiente; não é único, O que se há de julgar como contrária à Constituição de 1946, que é explícita (art. 141, § 16, 1.a parte, *in .1 me:* "justa indenização"), e às outras, onde a equivalência havia de ser observada, é a interpretação que leia o art. 29, parágrafo único, como regra jurídica de critério *necessário* e *único.* Mas essa interpretação, antes de ser inconstitucional, atenta contra os princípios de interpretação das leis: porque se chocaria com os arts. 27 e 28, § 1$, conforme a solução afirmativa da questão 19, e poderia dar ensejo a enriquecimento injustificado, conforme a solução afirmativa da questão e), a que a jurisprudência deu acolhida, repetidas vêzes *(e. g.,* Supremo Tribunal Federal, 9 de julho de 1945, *J. C.,* 1, 881-384; 1.a Turma, 9 de setembro de 1946, *12. E*"., 111, 103-106; Câmaras Cíveis ReUnidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19 de outubro de 1944, 12. *de D. A.,* II, 674--679; 4□~ Câmara Cível, 11 de julho de 1941, *A. J.,* 61, 120 s.; 5.~ Câmara Cível, 27 de outubro de 1942, *O D,* 19, 816 s.; 3,a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 26 de abril de 1946, 12. E"., 105, 829). Tentou-se sofismar com o sentido da palavra indenização, chegando-se a dizer que a lei não estava obrigada a assegurar a indenização completa, que indenização incompleta é indenização (7!), que as regras da lei de acidentes são exemplo disso. Mas a única interpretação verdadeira é a que lê o art. 29, parágrafo único, como regra sôbre um dos critérios, e não o único, e avaliadores e juiz têm de levá-lo em conta.

No apreciarem os arts. ~5, parágrafo único, do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 (antes ou conforme a redação do Decreto-lei n. 9.511, de 9 de setembro de 1946, art. 1.~) e 27, parágrafo único, ou se interpretam as duas regras jurídicas como indicativas de um dos meios de prova, podendo outros serem de valor probante contrário, ou se têm por injustas as indenizações e, pois, contrárias à Constituição de 1946 as duas regras jurídicas.

Na Constituição de 1937, não se falava de indenização *justa.* Hoje, aqueles dois artigos são abertamente contrários à Constituição de 1946, pois que, com a incidência deles, pode não ser justa a indenização. À lei é dado apontar critérios que sirvam de base; não excluir os outros, nem os outros meios de prova. A lei não pode dizer quando é justa ou injusta a indenização, com regras jurídicas rígidas, porque ela-mesma pode ser injusta diante da Constituição de 1946, como diante da Constituição de 1934, pata a qual ser justa é ser plena, ser?completa, ser a menos imperfeita possível.

5.INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO (O). A indenização há de ser *em dinheiro.* A Constituição de 1946, art. 141, §

16, l~ parte, *in* fin.e, reagiu contra a regra ditatorial do art. 32, 2.8 parte, do Decreto-lei n. 3.365, que se tornou, a 18 de setembro de 1946, inconstitucional: ". . . havendo autorização prévia do Poder Legislativo, em cada caso, poderá efetuar-se em títulos da divida pública federal admitidos em bôlsa, de acordo com a cotação do dia anterior ao do depósito". Isso não quer dizer que não possa ser convencionado pelos interessados o pagamento em títulos da dívida pública, ou outros bens. Tem-se dito que a exigência de ser prévia a indenização já importa na exigência de ser em dinheiro, porque pagar em títulos é pagar a prazo. Mas tal argumento destoa dos princípios mais comezinhos sôbre solução de dívida: se há pagamento, tOda a Rua eficácia é a mesma, extingue-se a divida; o fato de se pagar em letra de câmbio, nota promissória, titulo da dívida pública, ou outro título de crédito, somente importa ao negócio jurídico em cujo crédito se pagou. Sob as Constituições anteriores, o art. 32, 2.8 parte, do Decreto-lei n. 3.365 não seria contrário à Constituição de 1937. É-o, hoje. O erro é velhíssimo, e vem de alguns civilistas franceses.

A Constituição de 1946 fala de indenização em dinheiro. A explicitude afasta que se possa pensar, ainda em texto de lei, em indenização em outros bens que dinheiro, inclusive bem semelhante, como terreno junto, do mesmo tamanho. Tão-pouco pode ser a prestações sucessivas, periódicas ou não. Se a indenização foi fixada, porém não levantada, sem ser por vontade do proprietário a que se desapropria, *e.* g., se houve recurso não provido do Estado, e ocorreu desvalorização do dinheiro ou valorização do bem, sem ser pelo fato futuro da desapropriação, tem-se de reavaliar o bem. Não assim, se o recorrente, sem obter provimento do recurso, foi o dono do bem desapropriando, ou se por sua vontade não levantou o quanto. Nunca se computa na indenização o aumento do valor oriundo da própria finalidade da desapropriação. Se, porém, só se desapropria.a parte do bem, na indenização se inclui o prejuízo que com isso se causa à parte restante, antes de se dar a nova destinação, ainda que dessa possam advir vantagens à parte restante (O. VON GIERRE, *Deutstht s Privotrecht,* II, 486 s.; sem razão, P. OERTMANN, *I/orteiisausgleichung,* 153 s.). Se, conhecendo a próxima desapropriação, o dono do bem tratou de lhe aumentar o valor, para obter mais alta indenização, não cabe indenizá-lo por êsse pias-valor propositado. Certo, fica-lhe, de acordo com os princípios, o ius *toUendi.*

O procedimento judicial da desapropriação pode cessar pela transação, ou pela desistência, homologada pelo juiz (Código de Processo Civil, art. 206). Se advém o acOrdo, de que fala o art. 10 do Decreto-lei nº. 3.365, em vez de ter ocorrido antes de qualquer procedimento judicial, não se afasta a homologação pelo juiz, pois

essa é necessária para se encerrar a instância. Devem-se transcrever o acOrdo e a sentença homologatória. O acOrdo 4 negócio jurídico, não no é a desapropriação. Trata-se, ai, de negócio jurídico para liquidação (cf. O. FISCRER, *Exprovriationsverträtle,* 34s.).

6.DIREITO À PRESTAÇÃO INDENIZATÓRIA E DEVER DE INDENIZAR. No direito brasileiro, o dever de indenização toca ao Estado; o direito à prestação, àquele a que se suprime o direito desapropriando. Se o bem está gravado com direitos reais, a avaliação deve levá-los em conta, e tais titulares são partes no processo de desapropriação. a) Se a indenização não lhes é paga antes da sentença, ou porque não foram ouvidos durante a lide, ou porque estava em discussão o que concerne à indenização (ou pagamento deles, por se tratar de direito real de garantia), a sentença mesma é ineficaz quanto a êles (ineficácia relativa). Se a indenização foi depositada, de conformidade com o julgado, dá-se sub-rogação (real), enquanto não se indeniza, ou não se paga a dívida aos titulares de direitos reais. Na espécie a), a solução da dívida ao dono do bem deixa aos titulares de direitos reais (usufruto, uso, habitação, enfiteuse, servidões) direito e pretensão real contra o Estado como contra quem quer que fOsse, e os titulares de direitos reais de garantia continuam credores. Têm uns e outros pretensão contra o Estado, e por enriquecimento injustificado, contra o que recebeu tOda a indenização. Desde o momento em que se fêz a declaração de desapropriação, nascem os créditos, com vencimento para quando se fixar o quanto da indenização.

Se há desistência por parte do desapropriante, cumpre verificar se tal desistência contém renúncia à eficácia do ato de exercido do direito de desapropriação, ou se apenas se desiste do processo, mantida a declaração de desapropriação (nossos *Comentários* ao *Código de Processo Civil,* II, sob o art. 206). Se renunciou à eficácia do ato de exercício do direito de desapropriar, entende-se que somente após um ano pok, de nOvo, exercer êsse direito formativo extintivo. A afirmação baseia-se no art. 10 do Decreto-lei n. 8.865, alíneas ta e *2.~,* porque, se os cinco anos importam em caducidade do crédito à desapropriação, nascido do exercício do direito formativo extintivo, igual conseqüência há de ter a renúncia; e a alínea □

2 a se impõe:

"... somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração". Outros efeitos da renúncia são: extinção das pretensões de indenização nascidas ao dono do bem desapropriando e aos outros titulares de direitos reais; o surgimento de pretensões do

dono do bem desapropriando à indenização de todos os prejuízos que lhe causaram a declaração de desapropriação e o processo que se lhe seguiu.

A pretensão à indenização não é pretensão a preço da compra-e-venda. Não há, na desapropriação, compra-evenda. Discute-se a) se é pretensão de direito público, por ser ato de direito público a declaração de desapropriação e o próprio direito de que ela é exercício; ou se é de direito privado, criada pelo ato de direito público. Como a), O.

MAna *(Deutsches Verwaltnng8recht,* II, 52) e M. LAYER *(Prir&zipien des Enteignungsrechts,* 482) ; como b) MARTIN WoLn *(Leh.rbnch,* III, § 64, nota 22). O fato de se referir a ela o art. 141, § 16, 1.a parte, *iii fite (verbis*

"prévia e justa indenização em dinheiro"), que é de garantia institucional, não a torna pretensão de direito público, como não torna negócio de direito público a alusão, no art. 168, ao casamento, nem direitos públicos os direitos autorais (art. 141, § 19).

O exigir a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.a parte, *in une,* que seja prévia e justa a indenização, cria problemas de teoria geral do direito; *e. o* . *a* Quando nasce o direito ou quando nascem o direito e a pretensão à indenização, antes da sentença ou depois da sentença? a Ou, em vez disso, não há direito ou pretensão à indenização, porque há de ser prévia à desapropriação? *a* Tem o desapropriado ação contra o Estado, com invocação do art. 194 da Constituição de 1946?

Direito à indenização nasce, não quando se inicia a ação de desapropriação, mas sim quando se faz a declaração de desapropriação. Tal direito desaparece quando o Estado renuncia à desapropriação, razão por que se cria a indesapropriabilidade antes de correr um ano. A pretensão somente nasce quando o juiz julga a fixação. Já há, então, para o Estado, a obrigação de pagar a dívida. Pode ser intimado a depositar.

A homologação pelo juiz, se há concordância sobre o preço (Decreto-lei n. 8.365, art. 22), ou a sentença, após o encerramento do debate (art. 24), é que *fixa* o preço. Diz o art. 38: "O depósito do preço findo por sentença à disposição do juiz da causa é considerado pagamento prévio da indenização". "O depósito far-se-á no Banco do Brasil, ou, onde êste não tiver agência, em estabelecimento bancário acreditado, a critério do juiz" (art. 38, parágrafo único). A fixação, pela decisão

do juiz, é *vencimento;* o depósito, solução da divida, que é de prestar antes. O levantamento é reconhecimento da exatidão da solução feita.

Pode dar-se que não seja titular do direito à indenização aquele a favor de quem se fixou; *e. g.,* correu o processo contra o que figurava no registro como dono, a despeito da retificabilidade dele, ou contra o possuidor. Se o Estado, ou alguém que tem o dever de indenizar, paga a indenização ao que constava do registro como proprietário, sem qualquer inscrição provisional que elidisse a fé pública, liberou-se o que pagou. *Áliter,* em se tratando de possuidor (sem razão, MARTIN WoLn, *Lehrbuch,* III, § 64) : nenhuma lei permite que se desaproprie o bem em ação contra o possuidor. No Decreto-lei n. 8.365, o art. 24 estatui exatamente que só há de levantar o depósito o proprietário do bem desapropriado: "O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dividas fiscais que recaiam sObre o bem expropriado, e publicação de editais com o prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros". No parágrafo único, acrescenta-se: "Se o juiz verifica que há dúvida fundada sObre o dominio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo".

A permanência em depósito de que fala o art. 24, parágrafo único, é indispensável sempre que se trate de propriedade resolúvel (art. 647), ou de fideicomisso (arts. 1.733-1.740), au se está gravada com direitos reais.

t de perguntar-se como o terceiro, que se julga com direito à indenização, exerce a sua pretensão à tutela jurídica.

O processo de desapropriação não termina com o trânsito em julgado da sentença que fixa o valor da indenização, efetuando-se, depois, o pagamento, ou a consignação da quantia fixada, e sim com a sentença do art. 29: "Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como titulo hábil para a transcrição no registro de imóveis" (Decreto-lei n. 3.365, art. 29). Da sentença que fixa a indenização cabe apelação. Discutiu-se como se hão de colocar, no tempo, a sentença que fixa a indenização (a), o pagamento ou a consignação *(b),* a publicação da sentença (o), o transito em julgado *(d),* mas, assIm, elidir-se-ia a sentença do art. 29. Se aquela fOsse a ordem necessária e não houvesse a sentença do art. 29, o desapropriante não poderia deixar de pagar ou consignar imediatamente, para que começasse de correr o prazo para o recurso, sem o que poderia consumar-se a desapropriação sem estar prêviamente paga a

indenização. Se pudesse haver *(b),* (a), (e) e *(d),* não haveria inconveniente, mas seria *prever-se* o quanto. Se a ordem pudesse ser (a), (e), *(d)* e *(b),* poderia consumar-se a desapropriação sem a indenização devida. Está-se, todavia, diante de falsa questão, porque só se atendeu à eficácia da sentença de fixação e não se levou em conta que há, ainda, a sentença do art. 29 e que a extinção do direito somente se dá com a transcrição do título sentencial.

Até à transcrição da sentença da desapropriação, e não só até o pagamento ou consignação da quantia indenizatória, pode o bem ser alienado, ou dar-se a transmissão a causa de mode. O voto vencido no acórdão da 5□5 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na Ap. n. 4.396 *(R. Ji*"□ *,* 101, 81), diz que a desapropriação se consuma com o pagamento ou a consignação; mas tal afirmação se choca com o texto constitucional que exige ser *prévia* a indenização. O bem pode ser alienado, ou transmitido a causa de morte, enquanto não se transcreve o titulo sentencial. Se o decujo já havia recebido o preço, ou se o alienante já o recebera, nada tem a alegar contra o desapropriante o adquirente, porque pela publicidade do decreto de desapropriação (declaração de desapropriação) tem o adquirente de conhecer a situação do bem, sem necessidade de que se increva o decreto (seria *bis in idem* da publicidade).

7.PERDA DA PROPRIEDADE E INDENIZAÇÃO. A indenização é pela desapropriação, pela perda que se vai dar. No direito brasileiro, tal prestação é prévia; é pressuposto da desapropriação, e não conseqUência: não se presta a indenização, porque se tirou a alguém o bem; e, sim, porque se lhe vai tirar: tem-se de prestar para que se componha o suporte fáctico, para que a regra jurídica da extinção da propriedade do desapropriando incida sObre êle e a transcrição da sentença, tratando-se de bem imóvel, produza a *perda.* Não há mais, propriamente, obrigação de indenizar. Se por algum erro do juiz se deixou de prestar a indenização e o demandado a reclama, reclama contra fundamento da desapropriação o dever de prestar é por enriquecimento injustificado, e não porque se "deva" a contra-prestação. A doutrina dos povos que não têm a prévia indenização não nos serve e criaria sérias dificuldades práticas. Não se pense em qualquer preço de compra-e-venda.

Lôgicamente, dizia PAUL LABAND (Die rechtliche Natur des Eletracta und der Expropriá.tion, *Archiv /1W die civilistiache Pra4s,* 52, 182), a desapropriação é prévia, e a obrigação de pagar não mais do que conseqQência mas isso ainda era resquício de velha concepção privatística no próprio jurista a que mais deveu a concepção

publicistica do instituto da desapropriação. Nenhuma precedência lógica se estabelece. Precedência da desapropriação, ou precedência da indenização, há de resultar da lei, que traduza certo pensamento político-jurídico a respeito. A Constituição de 1946, art. 141, § 16, l.~ parte, *in. fite,* assenta que há de ser prévia. Por isso mesmo, os legisladores ordinários têm de tratar do procedimento da indenização antes de qualquer efeito da desapropriação: qualquer efeito, que se obtenha antes, tem de ser provisional e de acOrdo com a lei.

8.QUADRO DA INDENIZAÇÃO. O quanto da indenização devia ser baseado no valor do bem ao tempo de se perder a propriedade do bem desapropriado, portanto ao tempo em que ela se consuma. Mas o principio da indenização prévia impede que assim se proceda: ainda não se sabe quando se proferirá a sentença, nem se conhecem todos os fatOres que influiriam no valor futuro. Teremos de ver, adiante, qual a solução do direito brasileiro. Ao despachar a petição, já o juiz nomeia o perito. “Havendo concordância sObre o preço”, diz o art. 22

do Decreto-lei n. 3.365, “o juiz o homologará por sentença no despacho saneador”. “Findo o prazo para a contestação e não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará o laudo em cartório, até cinco dias, pelo menos, antes da audiência de instrução e julgamento”, acrescenta o art. 2,3. O valor haveria de ser, portanto, o da data do laudo, entre a nomeação e o sexto dia anterior à audiência de instrução e julgamento; a lei não o adotou.

9.MOMENTO DA DECRETAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. Se o juiz decreta a desapropriação antes de ser prestada a indenização fixada, obrou contra o art. 141, § 16, 1.8 parte, *in fino.* da constituição de 1946: a decisão é contrária à constituição; a apelação há de ser provida; a transcrição pode ser cancelada. Se, a despeito da infração, o demandado recebe a indenização, dá-se acordo homologável. Seja como fOr, qualquer tomada de posse e qualquer sentença de desapropriação antes da prestação da indenização, é contrária à Constituição de 1946, art 141, § 16, 1.~ parte, ia *fite.*

Poder-se-ia construir o recebimento da indenização após a transcrição como eficacização da desapropriação, ou sanação. Não é essa, porém, a *priori,* a melhor construção, nem se ajustaria ao art. 141, § 16, 1.~ parte, da Constituição de 1946. A sentença é contra a Constituição. A ação rescisória é que poderia ir desconstituí-la. O

transito em julgado estabelece situação em que, preclusa a pretensão à

rescisão, somente se poderia propor contra o Estado ação de enriquecimento injustificado. Se o desapropriando recebe, após o trânsito em julgado, o quanto indenizatório, arma de *exeeptio* do Estado contra a ação de enriquecimento injustificado, ou de objeção contra a alegação de injustificado enriquecimento. Para que o Estado, prestando a indenização, após a transcrição, fique a coberto de qualquer ação do desapropriado, tem de promover homologação do acordo no que importam o recebimento após o trânsito em julgado da sentença e consequente transcrição. Portanto, se o desapropriado pede o depósito ou recebe amigavelmente, há de o juiz ordenar ou o interessado ou êle-mesmo requerer que se tome por termo o acOrdo, seguindo-se-lhe a homologação.

Se a sentença transitou em julgado sem que se houvesse depositado a indenização, ou sem que a houvesse validado o desapropriando, não pode o oficial do registro negar-se a transcrever a sentença, porque a sentença, a despeito da infração, é apenas rescindível. Todavia, a citação, na ação de rescisão da sentença *por esse fundamento, é* inscritivel se referente a imovel (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), VII, por argumento a *fortiorO.* Adiante, §§ 1.619, 2, e 1.621, 6.

10.INDENIZAÇÃO "PRÉVIA" E EFICÁCIA DE DECISÃO. A indenização há de ser prévia a respeito de qualquer efeito da desapropriação, inclusive por adiantamento. Se o desapropriante alega urgência e deposita a quantia segundo o art. 685 do Código Civil, ou segundo o art. 15, parágrafo único, do Decreto-lei n. 3.865

(Decreto-lei n. 9.811, de 9 de setembro de 1946, art. 1.0), o juiz imite-o na posse dos bens compreendidos no direito de declaração de desapropriação, ou a respeito dos quais o pressuposto da urgência e o quanto da indenização se verifiquem. Se o demandado recusa o depósito, ou se há razão para se não deferir o levantamento, continua depositada a indenização, até que seja ou possa ser levantada. Tal fixação não é definitiva; o pedido de levantamento pelo que é legitimado a isso é que lhe confere definitividade, pelo conteúdo de concordância com o quanto. Se tal concordância não ocorre, prossegue-se como se não tivesse havido êsse incidente. Pode ocorrer que a fixação do Quanto seja maior. Se o Estado anuiu no depósito somente a título provisional, por lhe parecer que era demasiada a quantia fixada, prossegue-se na fixação definitiva, ainda que o demandado o haja aceito.

O art. 34 do Decreto-lei n. 8.365, de 21 de junho de 1941. afasta

qualquer protelação da prestação do desapropriante. Ou se presta ao dono do prédio, ou, se não se sabe, ao certo, quem seja, se deposita. Nenhuma decisão administrativa, a respeito de quem seja o titular, pode ter qualquer eficácia a favor ou contra o que se- diz titular. Se havia dúvida, persiste; se não na havia, a mais precisa decisão contrária da administração não na cria.

Não importa quais sejam as pessoas que se disputam a titularidade, inclusive a União, possuidora dos bens, se entende, após o decreto de desapropriação, que os bens *eram* seus. Seria *venire contra fac tum provrium.*

A eficácia da trancrição é quanto à perda da propriedade. Durante o procedimento, não importa qualquer mudança respeito ao proprietário: cada adquirente entra na relação jurídica processual, se o quer, e mostra, de acOrdo com a lei, a sua legitimação. Até a transcrição, a propriedade está atingida pela declaração de desapropriação e qualquer ato concernente à propriedade, que haja de constar do registro de imóveis, não é eficaz contra a declaração de desapropriação A inscrição da declaração de desapropriação que se aconselha em alguns sistemas jurídicos, é, no direito brasileiro, *bis in idenz,* devido àpublicidade do decreto de declaração de desapropriação Todavia, o juiz ou o oficial do registro não pode recusá-la, pois a ação é *real,* e a citação é inscritível segundo o art. 178, a), VII, □

1 ~

parte, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, e sê-lo-ia, segundo o art. 178, a), VII, 2.8 parte, ainda para aqueles que a reputassem pessoal reipersecutória. Quanto ao direito a receber a indenização, é questão entre os que discutem a propriedade. Por isso mesmo, o levantamento é mediante a prova de ser proprietário o requerente, ou, se há dúvida, depositada a quantia, em virtude de sentença na ação em que os interessados o disputarem (Decreto-lei n. 3.865, art. 34, parágrafo único).

A perda da propriedade, ou do direito real, ou elemento da propriedade, que é finalidade da desapropriação, não é efeito da declaração de desapropriação, nem do ato incidental da imissão temporária (Decreto-lei n. 3.365, art. 15 e parágrafo único; Decreto-lei n. 9.811, de 9 de setembro de 1946, art. 1.0), que não tira a propriedade, nem, tratando-se de imóvel, da sentença que defere o pedido do Estado para que se decrete a desapropriação: é efeito da transcrição (Decreto-lei n. 3.365, art. 29, *in fite).* Os sistemas jurídicos

que atribuem tal efeito à declaração de desapropriação ainda se ressentem de resquldos do Estado de polícia, ou revelam regressão, às vêzes *contraditória,* como aconteceu, sob o direito anterior a 1946, com o art. 72, alínea 1.8, do Decreto-lei n. 3.865

("Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de fOrça policial"), que é contrário à Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.8 parte, *in fite,* e o art. 15 ("Se o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens") e parágrafo único ("Mediante depósito de quantia igual ao máximo de indenização previsto no parágrafo único do art. 27, se a propriedade estiver sujeita ao impOsto predial, ou de quantia correspondente ao valor lançado para a cobrança do impOsto territorial urbano ou rural, proporcional à área exproprianda, a, imissão de posse pode dar-se independente da citação do réu"; Decreto-lei n. 9.811, de 9 de setembro de 1946, art. 1.~). De modo nenhum seria de admitir-se essa velha doutrina dos Estados de policia, que se esteava em O. STOBBE *(Handbuck des deutschen Privatrechts,* II, 175). Nem a dos que, levados pela falsa assimilação da desapropriação à compra-e-venda (compra-e-venda forçada), faziam os efeitos datarem do momento em que o desapropriante e o proprietário acordavam na coisa e no preço *(e. g.,* C. F. W. J. HÀBERLIN, Die Lehre von der Zwangsenteignung, *Árchiv fui- die civilistische Prazis,* 39, 30 s., fixação definitiva da quantia; ou tornada "determinável" a quantia). Nem a dos que viam efeito das obrigações de prestar coisa e indenização e efeito de transmissão, em adimplemento, como O. METER *(Lehrbuch des deutsc/ten Verwaltungsrechts,* 1, 287 e 280). O bem só se julga "desapropriado", quando se sentencia na causa, ou com o consentimento do

"desapropriado", quando se conclui o acordo; a eficácia real, que atende à sentença, ou ao acOrdo, só se produz com a transcrição, em se tratando de imóvel. A sentença tem eficácia desde logo, isto é, a despeito da apelação sem efeito suspensivo, interposta pelo demandado, ou alguém que o haja substituído, ou esteja em litígio sObre a propriedade; mas a transcrição sOmente se pode fazer após ter sido prestada a indenização entregue ao demandado, ou depositada, ou após o trânsito em julgado da sentença.

§ 1.618. Cômputo da indenização

1.VALOR DO BEM DESAPROPRIADO O valor do bem e o das suas pertenças são computados em parcelas; a indenização é a soma. Foi isso o que se cogitou de dizer no Decreto-lei n. 3.365, art. 25: “O principal e os acessórios serão computados em parcelas autônomas”. Se algo tiver de ser tirado do solo~ ou das paredes, ou do tecto, ou de outra parte integrante do prédio, ou, ainda, de alguma pertença, a despesa é por conta do desapropriante. O art. 25, parágrafo único, é apenas uma das regras jurídicas que se contêm nesse principio. Diz êle:

“O juiz poderá arbitrar quantia módica para desmonte e transporte de maquinismos instalados e seu funcionamento”. O transporte, a instalação e o pôr em funcionamento são devidos sempre que as despesas que se tenham de fazer teriam de ser do bOlso do demandado, para estarem os objetos como a desapropriação os encontrou. A parcelação serve à eventual exclusão de alguma delas, à postulação e discussão separadas, bem como à apreciação judicial de cada uma das questões.

Quanto ao arbitramento das quantias a que se refere o parágrafo único do art 25, de modo nenhum se pode ver nas expressões da lei (“o juiz poderá arbitrar”) qualquer arbítrio judicial: não se deixou à discrição do juiz arbitrar, ou não, quantia que baste aos gastos do desmonte, transporte e reinstalação dos maquinismos, ou outras peças. Má direito público subjetivo do dono do bem a que, fora da indenização correspondente à desapropriação, se lhe abone o que seja suficiente a essas despesas a mais, a que a desapropriação o expôs. A lei apenas explicitou a competência do juiz para julgar êsse pedido, que aliás se incluiria no de indenização pelo bem desapropriado. Ao juiz cabe verificar se o desapropriado, com a desapropriação, sofre êsse dano, imediatamente consequente, porém não implicitamente, à desapropriação: trata-se de indenização

pelo prejuízo que sofreu, ou vai sofrer o desapropriado, além da perda do direito, se bem que, nas duas espécies, derivado de exercício regular de direito, que é o de desapropriar. A ex-pressão “quantia módica” é de repelir-se. O

Estado, exercendo o direito de desapropriar o prédio em que está estabelecida a fábrica, obriga-se pela indenização prévia da desapropriação e pelo dano que a desapropriação causa ao desapropriado, pelo desmonte, transporte e reinstalação dos seus maquinismos. Se o Estado quer evitar essas despesas, tem de ofertar a desapropriação de tudo, ou diligenciar para que sejam feitas pelo menor custo possível, ou assumi-las. Não pode causar danos, sem

reparação. A indenização da desapropriação destina-se a evitar a diferença de nível entre o patrimonio do desapropriado antes da desapropriação e após a desapropriação: ou ela abrange essas despesas, ou o Estado as deve por outra causa, que é consequência imediata do ato desapropriativo. Se o mecanismo está ligado ao prédio e a separação ofenderia o maquinismo, a desapropriação deve abrangê-lo, como correspondente a parcela da indenização. Se pode ser retirado e não funciona, nenhuma reinstalação para funcionar é devida.

Se o Estado pediu a desapropriação, sem mencionar o desmonte, o transporte e a reinstalação, a oferta do preço pode ser impugnada pelo demandado, na contestação, mas os avaliadores, ao procederem à avaliação, podem desde já prever as despesas de desmonte, transporte e reinstalação, incluindo-as na indenização. Ao juiz é dado mandar, de ofício, computá-las.

2.DESMONTE, REINSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO. O art. 25, parágrafo único, .não fala de desmonte, reinstalação e inicio de funcionamento *por conta* do Estado. Daí não se tire que se pré-excluiu essa possibilidade.

O Decreto n. 4.956, de *9* de setembro de 1903, art. 36, previa a indenização, ou "fazer à sua custa" o Estado "a despesa de desmonte e transporte dessas instalações, ou auxiliar apenas com uma parte razoável os gastos de transporte". Somente aludia a "grandes instalações", O Decreto-lei n. 3.365, art. 25, parágrafo único, só se dirige ao juiz; de modo que não poderia, na mesma regra jurídica, referir-se às despesas, à custa do Estado. Se o Estado se prontifica a fazê-lo, pode o juiz condená-lo, alternativamente, a isso, ou à indenização.

A indenização tem de ser completa; porque o Estado causa o dano, e a desapropriação há de ser indenizada: o valor do prédio é o dele, com as suas pertenças; mas não é justo que se não indenize o que resulta, imediatamente, embora não implicitamente, da desapropriação. Todavia, não se indeniza o que concerne a transporte de máquinas ou mais coisas despregáveis se trazidas ao prédio depois da declaração de desapropriação, nem o que lá estava sem ser necessário, ou útil. Ainda assim, se o desapropriando recebeu, após a declaração de desapropriação, o que antes encomendara, ou se não seria razoável que deixasse de instalar o que era indispensável no intervalo entre a declaração de desapropriação e o desmonte, pode alegá-lo e prová-lo para que o juiz, apreciando o caso, condene O Estado a também fazer as despesas que forem de mister.

A declaração de desapropriação ainda não é desapropriação, não põe ponto final à vida profissional e às exigências residenciais das pessoas que habitam o prédio desapropriando.

Se as instalações pertencem a outra pessoa, a que se desaproprie o direito de uso *(e. o.,* locatário), as despesas aso pagas a essa pessoa.

3.MOMENTO EM QUE SE FIXA O VALOR. No art. 26, o Decreto-lei n. 8.865 estabelece: “No valor da indenização, que

será contemporâneo da declaração de utilidade pública, não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado”. No art. 31: “Ficam sub-rogados no preço quaisquer Onus ou direitos que recaiam sObre o bem expropriado”. O sistema jurídico brasileiro, tendo de apontar o momento em que se fixa o valor da desapropriação, preferiu o do momento em que se decreta a declaração de desapropriação (a). Se houve lei, há de entender-se o momento em que a lei o declarou, ou, se apenas autorizou, ou marcou dia para a declaração, aquele em que o Poder Executivo a decreta, ou o dia marcado. Afastou-se, assim, a fixação à data da avaliação *(b),* ou da decisão que fixa o quanto (e), ou à data do pagamento da indenização *(d),* ou da decisão de adimplemento *(e),* ou ao perder-se a propriedade (1). A técnica legislativa tem argumentos para qualquer dessas soluções e exemplos em sistemas jurídicos estrangeiros. Na doutrina e jurisprudência brasileira anteriores ao Decreto-lei n. 3.865, RUI BAREOSA entendia que seria adequado o momento (a), com o argumento falso de ser aquele em que se verifica a desapropriação; SOLIDONÃO LEITE *(Desapropria*ção *por utilidade pública,* 96), o momento (/); a 2.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal (3 de dezembro de 1927, *A. J.,* VI, 38), o momento *(b).* Nos sistemas jurídicos francês e inglês, prefere-se o momento (e). A adoção do momento (a) tem a conveniência de se ter base para a fixação; e o inconveniente de poder demorar a fixação e, pois, o recebimento ou depósito da quantia. A do momento *(b)* tem a conveniência de ser aquele em que se procede à verificação e, pois, se atende ao justo valor; e o mesmo inconveniente de (a), por poder passar muito tempo após a avaliação, até que se consume a desapropriação. A do momento (e) tem a conveniência de poder ter atendido a variações posteriores à avaliação remota e o inconveniente de ainda poder ser discutida a decisão. A do momento *(d)* tem a conveniência de serem simultâneas fixação e prestação, com o inconveniente de se ter permitido atenderem-se a tOdas as variações posteriores à fixação. A do momento *(e),* a conveniência que teria *(d),* com o inconveniente de ainda se poder, após a prestação prévia da indenização, discutir o quanto. A do momento *(f),* nenhuma conveniência.

Ao lado do problema de técnica legislativa, há, no direito brasileiro, o problema de direito constitucional, a *partir de 18 de setembro de 1946,* por se haver incluído a exigência de ser *justa* a indenização. Não é justa a indenização que consiste no valor z, à data da declaração de desapropriação, se o valor do bem, ao tempo da propositura da ação de desapropriação (o que se pode dar até o fim do quinto ano posterior à declaração de desapropriação), é x +

y. Não é justa a indenização pelo valor x, à data da declaração de desapropriação, se, à data da avaliação, *e.* g., quatro anos depois, o bem vale x + ~„. Não é usta a indenização pelo valor x, à data da declaração de desapropríação, se, à data em que o juiz fixa o quanto, o bem vale x + y. Não é justa a indenização por x, à data da declaração de desapropriação, se, à data da prestação, incluido depósito, o bem vale z + y. Não é justa a indenização por x, à data da declaração de desapropriação, se, à data da sentença que julga a desapropriação, o bem vale z + ~„. Ora, as leis e as decisões não se podem afastar do art. 141,. § 16, 1.a parte, *in fàe,* da Constituição de 1946, que considerou pressuposto da desapropriação a indenização *justa.* O perito toma o valor ;o tempo da declaração de desapropriação, como base; se, na contestação, o demandado afirma e, na audiência, prova que o quanto já é injusto, tem o juiz de mandar que se adicione a parcela integratíva. Se foi admitido o quanto, porém o Estado não depositou, pode o demandado requerer o depósito, com a cominação ao Estado do vencimento dos juros, ou da indenização do que venha a ser valor a mais. Se o demandado não põe o Estado em dever e obrigação de prestar o que constitui valorização, só se podem entender o seu silêncio e a sua inatividade como aceitação do *status quo,* uma vez que, se, de um lado, ainda não recebeu a indenização, nem foi depositada, também êle, por outro, não entregou o bem desapropriado. Se o bem já foi entregue provisoriamente e não há questão em tOrno da indenização já finda, cabe ao demandado reclamar a prestação; ou pode êle pedir a cominação pelos danos que o retardamento cause, ainda que por aumento do valor do bem, se a indenização ainda não foi fixada, ou foi fixada e não prestada.

A 2ªCâmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, a 20 de junho de 1950 *(R. dos T.,* 188, 237), considerou

“revogado” o art. 26 do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Em verdade, não foi revogado. Toma-se por base o valor ao tempo da declaração, mas atende-se à variação posterior do valor, conforme o alegado e provado pelo dono do prédio

desapropriando.

4.ELEMENTOS PARA A AVALIAÇÃO DO PRÉDIO. O valor locativo do imóvel pode servir de base à avaliação, porém os

avaliadores não ficam adstritos a êle. Pode dar-se que o valor locativo não exprima o valor da propriedade, o que é frequente nas zonas de grande valorização dos terrenos. Lei que impusesse o critério do múltiplo de alugueres, sem admitir alegação e prova de ser maior o valor, atentaria contra a Constituição de 1946, art. 141, § 16, *verbis*

"mediante prévia e justa indenização em dinheiro". Os tribunais, ainda antes Constituição de 1946, reputaram como se fOsse presunção iuris *tantum* a que se contém no art. 27, parágrafo único, do Decreto-lei n. 8.365

(Supremo Tribunal Federal, 28 de novembro de 1945, .7?. *dos T.,* 170, 775; 83 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 26 de dezembro de 1944, *R. F.,* 105, 71; 5□a Câmara Cível, 26 de janeiro de 1945, 105, 302; Câmaras Reunidas, 28 de agOsto de 1945, 106, 294; após a Constituição de 1946: 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, 6 de maio de 1947, 119, 109; Supremo Tribunal Federal, 2 de julho de 1948, 120, 108; 4□~

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 10 de dezembro de 1946, 113, 129, julgando contrário à Constituição de 1946 o art. 27, parágrafo único, do Decreto-lei n. 8.865).

A respeito dos valores para efeitos fiscais, valores que frequentemente são fixados, unilateralinente, pelo Estado, ex-pendeu a 13 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de abril de 1949 *(R. dos T.,* 181, 198) : "A tese de que não deve, para efeito de desapropriação, prevalecer o valor dado aos bens para efeitos fiscais, admitida a possibilidade de se atribuírem nas transações *causa mortis* e *inter vivos* valores inferiores aos reais, é flagrantemente injurídica e pouco condizente com as boas normas éticas". Noutros termos: a Câmara Civil impôs, no futuro, o valor que foi dado, alguma vez, ao imóvel, sem distinguir, sequer, as espécies em que o valor é unilateralmente dado pelo Estado, as em que tal valor é resultado de negócio jurídico bilateral, as em que houve avaliação, por avaliadores louvados ou oficiais, e as em que a declaração de valor é declaração de conhecimento somente pelo interessado, que ficaria ligado ao enunciado de fato. Somente na última espécie seria de discutir-se se ao Estado cabe *exceptio doU.* Porém absurdo seria, em matéria constitucional, como a da justiça da indenização (Constituição de 1946, art. 141, *§* 16, 13 parte, *verbo* "justa"), admitir-se exceção de

dolo. Ao Estado, em caso de discordância, ir contra o declarante, se a lei o permite e ainda o permite; não pode *punir* através do processo de indenização por desapropriação.

Tratando-se de bem clausulado com restrições de poder (inalienabilidade incomunicabilidade, impenhorabilidade) ou condição ou termo à propriedade *(e.* g., fideicomisso), tem-se de incluir na indenização o que dê para as despesas do processo de sub-rogação do bem (43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de março de 1947, *R. dos T.,* 167, 748).

A razão para se incluírem os honorários de advogado na indenização por desapropriação está em que tal indenização há de ser a mais completa possível (1.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de novembro de 1946, .7?. *1”.,* 117, 94; 5□8 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 117, 157; 8.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de setembro de 1949, *R. doí T.,* 188, 253; já antes, 53 Câmara Civil, 16 de junho de 1984, 94, 205).

5.AVALIAÇÃO OU DECLARAÇÃO DE VALOR ANTES FEITA. Uma coisa é ter de atender-se ao valor dos bens para efeitos fiscais, quando se vai estimar o quanto da indenização, e outra, ater-se o juiz a êsse critério como se fôra decisivo. A lei que pretendesse impor o valor para efeitos fiscais, contra o justo valor, ofenderia a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.8 parte. Tal valor somente pode ser uma das variaveis, por bem dizer indício (4.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4 de janeiro de 1944, *R. F.,* 99, 98: “O

juiz, ao fixar o preço a ser pago na desapropriação deve atender especialmente à estimação dos bens para efeitos fiscais, ao preço da aquisição e interesse que deles aufere o proprietário à sua situação, estado de conservação e segurança, ao valor dos da mesma espécie nos *últimos cinco anos* 1?] e à valorização e depreciação da área remanescente pertencente ao expropriado”; Câmaras ReUnidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 26 de julho de 1945, *Á. J.,* 86, 85: “A indenização devida pelo expropriante deve corresponder ao valor real do imóvel contemporâneaniente à sua efetivação”; 43 Câmara Cível, 10 de agOsto de 1945, *R.* P., 105, 810: “O quanto da indenização pela desapropriação deve corresponder ao justo valor do imóvel expropriado. Na sua fixação dever-se-

á atender, entre outros, aos seguintes elementos: à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesses que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao

valor venal dos da mesma espécie *nos últimos anos,* e à valorização ou depreciação da área remanescente"; 6.ª Câmara Cível, 17 de outubro de 1947, *O D.* 52, 261; 2.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 1944, *R. F.,* 98, 136: "A indenização por desapropriação abrange o justo preço da coisa desapropriada e mais os prejuízos que efetivamente sofrer o proprietário em virtude da desapropriação, devendo-se atender, ao fixá-la o juiz, não só ao valor dos bens desapropriados, mas também aos danos causados direta e imediatamente com a desapropriação").

6.TOMADA DE POSSE ANTES DA INDENIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE. ~ preciso advertir-se em que tOda tomada de posse, com ou sem decisão judicial, antes da prestação da indenização, que, por fôrça da regra jurídica constitucional, há de ser prévia, e não só justa, é ato ilícito absoluto, regendo-se, portanto, a indenização pelos arts. 1.541 e 1.544 do Código Civil (1.8 Turma do Supremo Tribunal Federal, 26 de setembro de 1940, *1?.*

F., 86, 599, quanto à incidência dos arts. 1.541, 1.543 e 1.544). Se não presta a indenização, ou não a presta satisfatoriamente, e enquanto não a presta ou não a presta satísfatoriamente, indeniza pelo valor do momento em que prestar satisfatoriamente, e não só pelo valor do momento em que foi feita a declaração de desapropriação ou a avaliação (2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de dezembro de 1948, *R. dos T.,* 178, 156; Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 3 de outubro de 1946, 181, 447: "...a propriedade transmite-se pela transcrição, princípio consagrado no Código Civil (art. 530, 1), contra o qual a lei de desapropriação nada dispõe. Logo, a consignação do preço antecede a própria mutação do dominio; donde se conclui que a indenização de pagamento prévio não pode ser fixada com base no valor contemporâneo de ato diverso anterior, algumas vêzes, até, base anterior, que é a declaração de utilidade pública").

Desde a posse, se não foi prestada a indenização, satisfatôriamente, são devidos os juros de mora e os juros de juros (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de junho de 1948, 1?. *dos T.,* 176, 249), ou a indenização correspondente ao uso da coisa (5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de junho de 1947, 169, 653) à escolha do desapropriando.

§ 1$19. Desapropriação e acordo

1.NEGÓCIo JURÍDICO OU AÇÃO EM Juízo. O Decreto-lei n. 3.365, art. 10, diz que a desapropriação se *efetiva* (= "deverá efetivar-se") mediante acordo, ou judicialmente. Ésse acordo é negócio jurídico bilateral relativo ao quanto da indenização e à extensão da desapropriação. Não é negócio jurídico de transferência, nem, sequer, de disposição da propriedade. Tem, sim, o efeito de integrar a declaração de desapropriação, que, sem êle teria de ser judicialmente (= sentencialmente) integrada. O acordo é, pois, sucedâneo dessa integração judicial, em vez de ser a integração judicial sucedâneo do acOrdo. Se no acOrdo há qualquer cláusula que importe em transferência, como se se acorda em transferir parte que não estaria, segundo os princípios, compreendida na desapropriação, conforme a lei, então há o acOrdo do art 10 do Decreto--lei n. 3.365 e *outro* negócio jurídico *(e.* g., compra-e-venda, doação, dação *in soluto,* troca, cessão de direitos). Os princípios que regem a esse são diferentes.

2.PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO E ACORDO. O acOrdo pode ser incidente do processo de desapropriação. Trata-se como acOrdo a declaração unilateral de vontade que uma das partes faz, de modo a não haver qualquer divergência sObre indenização e a desapropriação mesma. Se fora dos autos, tem de ser junto a êles, para que, homologando-o, o juiz ponha ter não à relação jurídica processual. Trata-se de negócio jurídico de direito privado, porque as partes saem do processo, ainda que dele não saiam formalmente, para fixarem o~ que se há de prestar pela desapropriação. Tal negócio jurídico pode ser eliminativo da própria desapropriação, *e.* g., ser contrato de compra-e-venda, ou de troca; pode ser simples concordância para efeitos processuais. Nada obsta a que só se refira à posse provisional e à indenização respectiva, não-definitiva. Pode ser transação para que o demandado ou o Estado desista de recurso, ou desista o Estado da própria ação. Se o negócio jurídico não versa sObre algum ponto da desapropriação, mas sim sObre o próprio fato futuro da desapropriação, pré-eliminando-o, pode ser que a adie, ou a afaste de todo, ou a pré-substitua: a compra-e-venda e a troca pré-substituem-na. Aqui, o proprietário negocia, tornando sem razão de ser o processo de desapropriação; e são os princípios jurídicos e regras jurídicas concernentes ao negócio jurídico bilateral que incidem, e não os da desapropriação. O que não se há de admitir é a mistura do instituto da desapropriação com a categoria do negócio jurídico, caindo-se nas errônias de compra-e-venda para fazer as vêzes da desapropriação, ou forma de tolerância da desapropriação (C. F.

GRÚNHUT, *Das Enteignungsreckt,* 166). Ou há acOrdo sObre a admissão dos pressupostos, ou sObre a indenização, ou se vai além disso e se afasta a desapropriação, como se, após o laudo do perito, o Estado, sem caráter de transação, adquire o bem pelo preço que o proprietário exige, ou se o Estado adquire o direito de opção de compra-e-venda que terceiro tem. Ainda que o acOrdo seja pré-substitutivo, nada obsta a que se faça perante o juiz da desapropriação, em vez de o ser perante o tabelião; porém deve-se repelir que se dispensem exigências de direito de família e das sucessões, como a assistência do pai, tutor ou curador do menor, como faz a lei francesa, ou o assentimento uxório ou material. Outro ponto que merece atenção é o atinente à eficácia do negócio jurídico pré-substitutivo. Não se pode afastar, ai, a reivindicação, com a simples invocação do art. 35, 13 parte, do Decreto-lei n. 3.365. Tal regra jurídica especial somente pode ser invocada quando o acOrdo não pré-substituiu a desapropriação, ainda que feito perante o juiz. Seria preciso que a lei houvesse estabelecido essa eficácia excepcional do negócio pré-substitutivo, o que não no faria desapropriativo. O argumento de que tal acordo equivale à desapropriação, e há de ter eficácia contra terceiros (C. F. GRÚNHUT, *Das Enteignungsrecht,* 186), é de refusar-se: não há nenhuma equivalência, exatamente porque se pré-substituiu a desapropriação; não houve desapropriação, nem equivalente disso. Desapropriação, ou há, ou não há. Ainda quando se deixa a arbítrio de terceiro, conforme o art. 1.123 do Código Civil, não há pensar-se em contrato de compra-e-venda misturado com a desapropriação: a desapropriação não se mistura; por isso mesmo, o acOrdo que não a pré-substitui serve à fixação de pressupostos da desapropriaçáo, sem se contaminar, nem contaminar.

Se no negócio jurídico se aludiu à competência do juiz para nomear perito, ou se deixou ao perito nomeado fixar o quanto da ~indenização, não se trata de compra-e-venda com a cláusula do art. 1.128 do Código Civil (cp. L. 15, O., *de contrakenda emptione, 4,* 38), como pensavam G. MEYER *(Das Redil der Ezpropriation,* 212) e E

SEYDEL *(Das Gesetz liber die Enteignung,* 57). Não houve pré-substituição. Sempre, porém, que a aquisição da propriedade pelo Estado seja anterior à solução da divida indenizatória, nu à de fixação, pré-substituiu-se a desapropriação: o direito civil é que rege; seria impertinente a invocação de princípios e regras do direito concernente à desapropriação.

O acordo de que estamos a falar não é de confundir-se com o acordo, posterior ao trânsito em julgado da sentença, ou, até, após a

transcrição, se a sentença é nula ou rescindível. Tal acOrdo é só no plano do direito material e precisa de ser homologado se se querem efeitos processuais, *e.* g., o de extinguir a pretensão à rescisão da sentença. Se a sentença é nula e ainda não houve transcrição, nada obsta a que se transcreva o acordo. Se a sentença é nula e já houve transcrição, o acOrdo tem de ser homologado e com êle se pede a retificação do registro e a nova transcrição substitutiva, sendo a decretação da nulidade da sentença questão prévia. Se a sentença é rescindível e ainda não houve a transcrição, com o acOrdo homologado ou sem êle se poderia obter a transcrição, mas é aconselável homologar-se para se pôr claro que se extinguiu a pretensão à rescisão da sentença. Adiante, §

1.621, 6.

§ 1.620. Cumprimento do acOrdo do art. 10 do Decreto--lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941

1..TRANSCRIÇÂO Do ACORDO. O acOrdo do art. 10 tem de ser transcrito para que se dê a perda da propriedade pelo titular do direito desapropriado, ou pelos titulares dos direitos desapropriados. A técnica legislativa poderia ter exigido a sentença do juiz, integrativa do fundo e da forma, ou sOmente integrativa da forma, ou não na exigir. O Decreto-lei n. 3.365 de modo nenhum a exigiu. Se esse acOrdo se faz, já iniciado o processo judicial de desapropriação, é como transação e tem de ser homologado. Se, antes de qualquer ato processual em juízo, ou depois de cessar, qualquer que tenha sido a causa, a relação jurídica processual, ocorre o acOrdo do art. 10, de nenhuma sentença se precisa. O acOrdo, negócio jurídico entre vivos, integra, de si só, a desapropriação, e basta à transcrição, em se tratando de propriedade imobiliária, com eficácia igual à que teria a sentença do art. 29 do Decreto-lei n. 3.365. *De iure condendo,* teria sido preferível exigir-se a homologação judicial com integração do fundo, pelo exame dos pressupostos, e da forma. *De iure condito,* o oficial do registro de imóveis não se pode recusar a transcrever o acOrdo tal como se lhe apresenta, se se reveste da forma do art.

134, II, do Código Civil. Se do registro consta algum direito real, ou pessoal, que não foi objeto do acOrdo, ou o foi sem que o seu titular houvesse figurado no acOrdo, a transcrição não no atinge, ali, porque dele não se cogitou, aqui, por ser ineficaz quanto ao titular não figurante.

2.ACORDO E POSSE. Se a posse foi transferida, ou se o possuidor a transfere após o acOrdo, nenhuma dificuldade houve em se executar o acOrdo. Não assim se há posse imediata, ou alguma posse mediata intercalar, por parte de quem não figurou no acOrdo, ou se o possuidor imediato, ou mediato, que não transferira a posse, se recusa a fazê-lo. Então, o acOrdo tem de ser levado a juízo, instruindo a petição de ação de imissão de posse (Código de Processo Civil, art. 381, 1; cp.Decreto-lei n. 3.365, art. 29). Se a ação não foi contestada, expede-se, desde logo, o mandado de imissão de posse; se o foi, toma a causa o curso ordinário (arts. 382, parágrafo único, e 383). Salvo quando intentado o processo contra terceiro, a contestação somente versa sObre nulidade manifesta do documento produzido (art. 384). Todavia, contra o terceiro, que tem posse, imediata ou mediata intercalar, o acOrdo não basta à ação, porque teria de preceder à ação de imissão de posse a desapropriação do *seu* direito. O

Estado não pode, por exemplo, imitir-se na posse do bem alugado, porque, *ex kypothesi,* está em vigor e eficaz *erga omnes* o contrato, ou, em se tratando de imóvel, há o prazo de entrega pelo inquilino. No direito brasileiro, a desapropriação não resolve a locação. A desapropriação, já escrevíamos no *Tratado de Direito predial* (IV, 258

s.), somente pode ser *por necessidade pública,* ou *por utilidade pública,* ou *por interesse social,* mediante prévia e justa indenização em dinheiro (Constituição de 1946, art. 141, § 16, 13 parte, *in fins).* As leis ordinárias têm de ajustar-se a êsses pressupostos necessários da desapropriação; e são contrárias à Constituição de 1946 quaisquer regras jurídicas que os violem. Tem-se dito, sem maior exame, que a desapropriação rompe todos os vínculos locativos. Entenda-se: todos os vínculos locativos que ela abrange. Aliás, como a respeito de quaisquer direitos *reais,* ou com eficácia *erga omnes,* ou contra o expropriante. O Estado, ao expropriar o prédio, expropria propriedade *inda* direito ao uso do prédio, se de eficácia *erga omnes,* ou contra o Estado. Indeniza o dono, o usufrutuário, ou o usuário, ou o que tem direito de habitação, ou direito real de garantia, ou direito pessoal com eficácia *erga omnes,* ou contra êle. Se o adquirente do prédio comprado ficaria sujeito a respeitar a locação *(e. g.*, Código Civil, art. 1.197; Lei n. 1.300, de 28 de dezembro de 1950, art. 14 e parágrafo único), o desapropriante tem de respeitá-la, ou indenizar. Só não a respeita se desapropria o direito indenizando justa e prêviamente. Onde as leis especiais sobre desapropriação se afastam disso são contrárias à Constituição de 1946.

Tem-se pretendido que o Estado somente é obrigado a prestar ao locatário ou outro titular de direito pessoal, que tenha posse, se o

negócio jurídico foi registado. Há, ai, evidente confusão entre eficácia da posse, que é *erga omites,* e eficácia do negócio jurídico, que pode não ser *erga omites.* E há mais: há confusão entre eficácia *erga omites* do negócio jurídico e eficácia em relação ao Estado. O Estado, que levou em conta, por exemplo, para lançamento de impOsto de renda, o aluguer que o dono do prédio desapropriando recebe, não pode ignorar a locação. Nem pode ignorar a locação a entidade política que considerou a locação para lançamento do impOsto predial. Tudo se resolve com alegações e as provas *in casu.* Tanto mais quanto, se o dono do prédio desapropriando não tem a posse própria, tem o Estado de fazer citar, também, o possuidor próprio: o dono do prédio desapropriando poderia ter reivindicado, e não no fêz; ou, se entendia que o possuidor era desalojável possessôriamente, poderia ter proposto a ação possessória, e não a propôs.O Estado, ao querer desapropriar, encontra o direito de propriedade de A e a posse de B, de modo que A é apenas titular de *d p.* A indenização é a A e a alvo se tempestivamente transita em julgado a sentença contra B na ação que contra êle acaso proponha A.

É possível que, não tendo de respeitar a locação, o desapropriante permita que o locatário permaneça no prédio. O

Estado está sujeito ao seu próprio direito. Se o prédio foi desapropriado para uso do Estado, adquirente. o direito emergencial possui as causas de denúncia que se enumeram no art. 15, II, III, IV e V, da Lei n. 1.300, de 28 de dezembro de 1950. Se o foi para demolição e edificação licenciada ou reforma, que dêem ao prédio maior capacidade de utilização, ou para uso comum do povo, ou especial (Código Civil, art. 66, I e II), cabe a denúncia segundo o art. 15, VIII. Naturalmente, as causas de resilição estão, tOdas, à disposição do desapropriante *(art.* 15, 1, X e XI). Se há denunciabilidade e o Estado desapropriante não denuncia, a permanência é a de possuidor imediato. por locação (cf. 8.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4 de junho de 1948; 5.~

Câmara Cível, 2 de julho de 1948, *D. da J,,* de 11 de abril de 1950; 83 Câmara Civell, 7 de janeiro de 1949, *A. .1.,* 90, 148; 58 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de fevereiro de 1949. *R. dos T.,* 180, 338; 30

Grupo de Câmaras Civis, 23 de setembro de 1949, 702; 2.8 Câmara Civil, 11 de outubro de 1949. 183, 756). Por isso mesmo, se o que teria a ação de imissão de posse, ou a denúncia, não a exerceu, tratando como a locatários os que o eram do prédio desapropriado,

podem êsses pedir mandado de segurança contra o juiz que os queira despejar (1.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de novembro de 1949, *R. dos T.,* 183, 143).

Não têm razão os que não vêem qualquer incidência das leis emergencias, levados pela regra jurídica de 1944, *que se não repetiu.* É possível que tenha havido a indenização ao locatário, e então a ação não é a de despejo, mas a de imissão de posse, ou de esbulho, conforme a espécie.

§ 1.621 Ação de desapropriação

1.DECLARAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO E AÇÃO EM JUÍZO. As autoridades administrativas do Estado não desapropriam por si; há a ação de desapropriação, que *ainda* é o ato de exercício do direito de desapropriar, exercício que começou com a declaração de desapropriação e vai terminar naquele que há de coincidir com a perda da propriedade pelo demandado. O negócio jurídico, a que se refere o art. 10 do Decreto-lei n. 3.365, é que pode integrar o ato administrativo, sem ser preciso a propositura da ação de desapropriação. Não há processo administrativo de desapropriação que baste para dispensar aquele, ou êsse. Se alguma lei o adotasse, ter-se-ia de entender que a desapropriação não se consumaria sem a apreciação judicial dos pressupostos (Constituição dé 1946, art. 141, §§ 4~0 e 16, 1.~ parte, *in fins),* salvo acOrdo.

2.FORMA, EM JUÍZO, DA DESAPROPRIAÇÃO. O Decreto-

-lei n. 3.365 estabeleceu a forma judicial (arts. 11-30), remetendo ao Código de Processo Civil, nos arts. 19, 24 e 42. No art. 11, estatuíu: “A ação, quando a União fOr autora, será proposta no Distrito Federal ou no fOro da Capital do Estado onde fOr domiciliado o réu, perante o juízo privativo, se houver sendo outro o autor, no fOro da situação dos bens”. ~ o mesmo principio do art. 201, 1.~ parte, da Constituição de 1946:

“As causas em que a União fOr autora serão aforadas na Capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte”. No art. 134, o Código de Processo Civil pôs o principio geral da competência do domicilio; no art.

136, o da competência do fOro da situação dos imóveis para as ações relativas a êle; porém no art. 143 enunciou a regra da competência do

foro do domicílio do demandado para as ações propostas pela União. A interpretação do art. 201 da Constituição de 1946 é a seguinte: as causas em que a União fOr autora aforam-se na Capital do Estado-membro, ou do Território, em que fOr domiciliado o réu, ou no Distrito Federal, se aí fOr o domicílio. As ações, em que fOr ré a União, concernentes a matéria ligada à desapropriação, aforam-se no mesmo lugar, porque é regra do Código de Processo Civil, art. 143. (A respeito emitiu opinião inadmissível M. SEABLiA FAGUNDES, *Da Desapropriação,* 185, por não ter aludido, sequer, ao art. 143 do Código de Processo Civil, que está em vigor, sem qualquer referência cogente da Constituição de 1946 às ações propostas contra a União.) Tratando-se de ações propostas pelo Distrito Federal, Estado-membro, ou Território, ou Município, a competência é a do fOro da situação dos bens (Decreto-lei n. 3.365, art. 11, 2.ª parte, *lex specialis).*

Quanto às entidades de direito privado, ou público, porém não Estado-membro, Distrito Federal, Território ou Município, não podem ingressar em juízo, por ser indelegâvel o *imperium* (Constituição de 1946, art. 36, *§* 2.~) : têm elas pretensão contra o Estado à desapropriação. Se o Estado exerce o direito dele à desapropriação, têm elas direito subjetivo a entrar no processo da desapropriação, sem que excluam a parte Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Território, ou Município). A opinião de M. SEABRA FAGUNDES *(Da Desapropriação no Direito brasileiro,* 185) é insustentável, não tem qualquer apoio legal, violaria o art. 36, § 2.0, e o principio da irrenunciabilidade do *imperium.*

Se o proprietário não tem domicílio nem residência no Brasil, a ação de desapropriação é de propor-se no fOro da situação do imóvel, porque a regra jurídica do art. 134 do Código de Processo Civil sOmente incide se "por outras disposições" do Título X do Código de Processo Civil não se puder "determinar a competência": o art. 136 é uma delas. As ações de indenização, essas, são contra a União, ou alguma entidade política, que tem domicílio cedo, subordinando-se a regras gerais e especiais de competência.

1

8.PRESSUPOSTOS EXIGIDOS AOS JULGADORES. "SOmente os juizes que tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos poderão conhecer dos processos de desapropriação", diz o Decreto-lei n. 8.865, art. 12. Com isso, afasta-se a possibilidade de estabelecerem as leis estaduais competência dos juizes com investidura limitada a certo tempo, substitutos ou não. Aliás, seria contrária à Constituição de 1946, art. 95 e 124, pr.,

qualquer atribuição de tal competência a juizes previstos no art. 95, § 3,0, 18 parte, e 124, XI, 1.8

parte. O alcance do art. 12 do Decreto-lei n. 8.865 é pré-excluir a competência de juizes substitutos, não vitalícios, para julgar tais ações, quando em exercício nas varas a que caiba a competência. Idêntica limitação fêz o art. 140,

§ 1.0, do Código de Processo Civil (Decreto-lei n. 4.565, de 11 de agOsto de 1942, art. 11), quanto às ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas; e, antes, o Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1988, art. 57:

"A competência para conhecer e julgar a ação para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, nos Estados, será privativamente de juizes que estiverem no gOzo de garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos". O pressuposto é subjetivo (do juiz), e não objetivo (da vara) ; de modo que o substituto sem essas garantias, estando na vara, não pode julgar tais causas. A citação, ordenada por êles, é nula (sem razão, a 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 10 de novembro 1942, *R. E.,* 94, 520-522) : os arts. 278, 1, relativo sOmente à forma, e 278, § 2,0, não incidem; seria invocável o art. 279 do Código de Processo Civil, e já o ato de nomeação do perito, que não é *decisorium,* estaria livre de nulidade; não tem de repeti-lo o juiz a quem se remeta o processo (não "ratificá-lo", expressão aí inadmissível, que escapou a M.

SEABRA FAGUNDES, *Da Desapropriação,* 190).

A Constituição de 1946, na esteira da tradição do direito constitucional republicano, deixa aos Estados..membros a competência para legislarem sObre organização da justiça (arg. ao art. 5.~, XV, a). Seria de discutir-se se é dado à União legislar sObre êsses pontos; a resposta é afirmativa, porque competência para as ações não é matéria de organização judiciária, e sim de direito processual.

4.PETIÇÃO INICIAL E OUTROS ATOS PROCESSUAIS. A petição inicial há de conter: a) a designação do juiz a que se dirige (Código de Processo Civil, art. 158, 1); *b)* a qualificação do autor e do réu (o nome e o prenome, a residência ou o domicílio, a profissão, a naturalidade e o estado civil do autor e do réu, art. 158, II) ; e) os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa (art. 158, III);

d) o pedido, com as suas especificações (art. 158, IV), acompanhado da oferta da quantia da indenização, do exemplar da declaração de desapropriação, da planta e descrição dos bens (Decreto-lei n. 3.365, art. 13); *e)* os meios de prova, com que o autor pretende demonstrar a verdade do alegado (art. 158, V) ; *1)* o pedido de citação do réu (art. 153, VI); g) o valor da causa (art. 158, VII).

a)O juiz precisa ser juiz com as garantias do *art.* 95 da Constituição de 1946. Se o que está na vara competente não as tem, despacha-se a petição com o substituto ocasional que as tenha, se a lei de organização judiciária não previu a espécie.

b) Se o Estado prometeu desapropriação a alguma empresa, ou entidade de direito público, ou privado, pode inserir, ou não, na petição a designação dela, para que seja notificada. A entidade, a favor de quem se vai operar a desapropriação, não é litisconsorte necessário; a figura que lhe quadra no direito brasileiro, pois que do direito brasileiro é que havemos de cogitar é a do litisconsorte facultativo próprio (nossos *Comentários* ao *Código de Processo Civil,* 1). O art. 86, § 2.0, da Constituição de 1946 veda qualquer delegação de *imperium.*

c) Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, que hão de ser expostos na petição inicial, são a existência da coisa ou parte da coisa, ou elementos do direito de propriedade, ou de outro direito, desapropriáveis, que o Estado quer desapropriar, o fato da necessidade pública, ou da utilidade pública, ou do interesse social, na desapropriação, as regra.s jurídicas em que se baseia para afirmar a existência de direito a desapropriar, dentro do art. 141, *§* 16, 1ª

parte, *in une,* da Constituição de 1946, o ter sido feita a declaração de desapropriação,como ato inicial do exercício do direito de desapropriação mais, se as circunstancias fazem necessário, ou se é indispensável à exposição do fato da necessidade pública, ou da utilidade pública, ou do interesse social, a indicação da entidade a favor da qual se vai desapropriar. Se a necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social existe, independentemente de qualquer atribuição a entidade de direito público, ou privado, a que o Estado deva a desapropriação, é dispensável a inserção. Tal atribuição pode ser, até, posterior à desapropriação Se as circunstâncias ou a exposição dos pressupostOs fazem preciso mencioná-la, é conveniente dizê-lo na petição inicial; mas, salvo nos casos em que se daria inépcia *da* petição, a todo momento pode ser designada, se o argúi o demandado.

A designação pode ser indispensável se a necessidade pública, a

utilidade pública ou o interesse social só se caracteriza com destinação a alguma entidade. Se isso ocorre, a mudança é destinação, o que pode ter consequências jurídicas.

Por outro lado, a destinação a alguma entidade pode ser, em verdade, a certa classe de entidades, o que sOmente leva, com a mudança do destinatário inicial, a desapropriação se tal mudança põe fora da classe de destinatários possíveis a atribuição desapropriativa.

d) O *petitum* congiste na determinação do que se quer desapropriar (bem, parte do bem, elemento do direito). A oferta da quantia da indenização é apenas base para a fixação: se aceita, está composto o negócio jurídico da fixação; se não aceita, a posterior fixação é prestação jurisdicional ao Estado e ao demandado. O art. 13 fala de

"exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação", ou "cópia autenticada". A imperícia de quem o redigiu ressalta. A declaração de desapropriação, em decreto, é empre necessária. Não há desapropriaçãO sem que a preceda a declaração de desapropriação, ainda que essa se opere por acOrdo. O acOrdo não desapropria; o acOrdo seria negócio jurídico, por si só: seria compra-e-venda, troca, ou outro contrato. O acOrdo integra a desapropriação, por ser ato jurídico que pré-substitui o processo de desapropriação. Por outro lado, o exemplar ou cópia autenticada de contrato (pode não ser contrato!) só é indispensável quando é indispensável mencionar-se a entidade, a favor da qual o Estado desapropria que é imprescindivel quaisquer casos, é a desapropriação (Decreto-lei *11*. 8.865, art. 6.0). Se a lei se adiantou em fazê-

la, materialmente é o Poder Executivo que a emite, ao dar execução à lei. A planta do bem há de ser junta à petição, salvo se a descrição do bem imóvel, com as suas afrontações, basta, ou se é de bem móvel, que se trata, ou de elemento de direito, que a simples menção individualize.

Se alguma outra entidade é que vai utilizar o bem, exerce ela contra o Estado a pretensão à ~desapropriação (=

pretenção a que o Estado desaproprie). O art. 8.0 do Decreto-lei ~ 3.365 diz que "os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão *promover as* apropriações". Entenda-Se que poderão exigir ou solicitar do Estado a declaração de desapropriações ingressando em juízo com êsse (litisconsórcio facultativo próprio), ou representando-os se munidos de poderes para isso. Em qualquer caso,

a entidade não-estatal não pode ser o autor, *per se.* Se houve outorga do Estado para a representação, é questão de interpretação da lei, decreto, ou negóciO jurídico. A delegação ou é nula, por violar a Constitituição de 1946, art. 36, § 2.0, ou se há de considerar atribui.ção de poderes para representar em juízo o Estado. Para isso, é indispensável O ato de direito público, que pode ser a lei, o decreto, ou o negócio jurídico, sendo de notar-se que a lei não é preciso juntar-Se, basta citar-se, salvo algum caso do art. 212 do Código de Processo Civil. Decretada a nulidade do processo, por infração do art. 13 do Decreto-lei n. 3.365, pode repetir-se, se ainda dentro do quinquenio (Decreta-lei n. 3.365, art. 10), o pedido.

e)Os meios de prova são os relativos aos fundamentos de fato do pedido; não só os documentos juntos à petição. O

quanto da indenização, se, por um lado, é declaração de vontade, donde poder ser aceita, por outro, é declaração de conhecimento, uma vez que é exigência constitucional o ser justa a indenização. O Estado oferta o que entende ser justo. O seu ato não é pura declaração de vontade como o de quem oferta o preço da compra, ou o aluguer, ou a prestação de serviço: há enunciado de fato, que é o de achar justo o que oferta. esse plus estabelece diferença entre a oferta contratual de preço, na compra-e-venda e na cessão, e a oferta de indenização pela desapropriação. Se a outra parte aceita, o elemento volitivo da aceitação se acorda com o elemento volitivo da oferta, e tem-

-se o acordo do art. 10 ou o do art. 22 do Decreto-lei n. 8.365, que se não confundem.

f)Citado é o "proprietário". Tratando-se de bem imovel, que conste do registro de imóveis, o proprietário segundo o registro. Se há inscrição provisional de ação real, citam-se o proprietário e o autor da ação. Diz o art. 16 que a citação do marido dispensa a da mulher. Tal regra jurídica, que revela regressão psico-social dos elaboradores da lei, é contrária à Constituição de 1946, art. 141, § 1.0: a) se o bem é do marido, com isso só se dispensaria o assentimento uxório, e o assentimento uxório só é exigível quando o marido aliena, hipoteca, ou grava de ônus real os seus bens imóveis ou direitos reais sObre imóveis alheios, e a desapropriação é perda da propriedade, não é alienação, nem gravame; b) se o bem é comum seria absolutamente contra os princípios que se desapropriasse metade, sem se ouvir a proprietária dessa metade; e) se o bem é da mulher a ação de desapropriação vai contra ela, e o assentimento do marido seria dispensável, não a citação dela, que é a demandada. Os comentadores que admitem se cite o marido, nas espécies b) e *e),* dispensando-se a

da mulher, dão ao art. 16 do Decreto-lei n. 8.365

interpretação absurda e contra todos os princípios: pode-se dizer que não usaram a cabeça para explicitar o sistema jurídico brasileiro. No caso de pertencer à sociedade o bem, cita-se o sócio que tem poderes de administração, ou qualquer deles, se ocorre o que se prevê no art. 1.384 do Código Civil, ou em regra jurídica semelhante, ou o que tiver poderes de órgão social. Se há condominio, citam-se os condôminos. Se há comunhão pra *diviso,* cada comuneiro há de ser citado. Se consta do espólio o bem, citam-se o inventariante e o cônjuge meeiro, se o há; ou o cônjuge, o herdeiro, ou legatário, ou o possuidor da herança, se não há inventário. Se a coisa foi legada, com transmissão da propriedade e posse, o legatário. A lei não diz que, citado o herdeiro, que tem a posse da herança, se dispense a do cOnjuge meeiro; nem que, citado o cônjuge meeiro, que tem a posse, se dispensa a do herdeiro. O

que ela estatui é que se cite o inventariante, se há inventário; se o não há, que se cite o cônjuge, ou que se cite o herdeiro, ou o legatário, que tem a posse, se a coisa só pertence ao espólio. O cônjuge meeiro é proprietário, que não houve do de-cujo o bem. Se há legatário que detém a herança, não pode a citação do cônjuge meeiro ser dispensada; nem o legislador pode dar ao legatário a representação dos herdeiros: nem herdeiros representam herdeiros; nem legatários, que têm a posse, representam legatários da mesma coisa, ou coisas legadas.

Têm de ser citados todos os titulares de direitos que a desapropriação há de apanhar; portanto quem quer que, com a desapropriação, sofra a perda de direito. Na expressão "proprietário", no art. 16 do Decreto-lei n. 3.365, está o titular de direito, como "direito de propriedade", no art. 141, § 16, 1,a parte, da Constituição de 1946, é qualquer direito desapropriável. Não se pode citar só o titular do dominio se há titulares de direito de usufrut o, uso, ou habitação, credores hipotecários, pignoraticios ou caucionários; nem se pode citar só o titular do título de sócio, ou de crédito, que está caucionado, sem se citar o credor caucionário. Quem não foi citado não sofre a eficácia da sentença do art. 24, nem a eficácia da sentença do art. 29 do Decreto-lei n. 3.365, como, igualmente, não sofreria a eficácia do acOrdo do art. 10, ou do art. 22. Pela mesma razão, não se pode citar um só dos condôminos se não tem êsse a representação dos outros; nem se dispensa a citação do enfiteuta, nem a do cônjuge meeiro; nem a dos outros herdeiros, se não há inventário. Onde há titular de direito dispensar-lhe a citação seria contrário à Constituição de 1946 e aos princípios gerais de direito.

A citação é por mandado. “Quando não encontrar o citando, mas ciente de que se encontra no território da jurisdição do juiz, o oficial podador do mandado marcará, desde logo, hora certa para a citação, ao fim de quarenta e oito horas, independentemente de nova diligência em despacho” (Decreto

-lei n. 3.865, art. 16, parágrafo único). O art. 16, parágrafo único, derroga o art. 171 do Código de Processo Civil, que exige, em geral, que o oficial de justiça procure, no mesmo dia, em horas diferentes, e haja suspeita de ocultação. A regra jurídica do art. 16, parágrafo único, dispensa duas procuras, e abstrai de qualquer elemento subjetivo. (Escusado é dizer-se que essas exceções a favor do Estado não lhe adiantam, mas o desprestigiam, pela reminiscência do Estado policial, do Estado que não admitia ir aos tribunais em igualdade de trato.) A hora certa para a citação há de ser quarenta e oito horas depois, e não como estatui o art. 171 do Código de Processo Civil.

Os ads. 172-174 têm de ser observados. Se o citando, no dia em que o oficial de justiça o procura não se acha no território da jurisdição, não lhe pode ser posta a hora ceda.

“Quando a ação não fôr proposta no fôro do domicilio ou da residência do réu, a citação far-se-á por precatória, se o mesmo estiver em lugar cedo, fora do território da jurisdição do juiz” (Decreto-lei n. 3.865, art. 17). Entenda-se: se o réu está em lugar certo fora da jurisdição do juiz, ainda que domiciliado ou residente no território do fôro, é por precatória que se cita (cp. Código de Processo Civil, art. 175 c 176); se o réu é domiciliado, ou residente fora do território da jurisdição do juiz, a citação é por precatória. No Código de Processual Civil, art. 175, diz-se que a citação será por meio de carta rogatória, se o citando se acha no estrangeiro. Tal regra jurídica não se estende ao processo da desapropriação, que é ato de *imperium:* não se róga para isso; cita-se por edital. “A citação far-se-á por edital se o citando não fOr conhecido, ou estiver em lugar ignorado, incerto ou inacessível, ou, ainda, no estrangeiro, o que dois oficiais cedificarão”, diz o Decreto-lei n. 3.365, art. 18. Tem-se de observar o art. 178 do Código de Processo Civil.

“Sendo o valor da causa igual ou inferior a dois contos de réis, dispensam-se os autos suplementares” (Decreto-lei n. 8.365, art. 18, parágrafo único). Aliás, (is autos suplementares somente são exigidos nas ações propostas nos Territórios e no interior dos Estados-membros (Código de Processo Civil, art. 14; Decreto-lei n. 4.565, de 11 de agOsto de 1942).

"Ao despachar a inicial", diz o art. 14 do Decreto-lei n. 3.365, "o júiz designará o perito de sua livre escolha, sempre que possível, técnico, para proceder à avaliação dos bens". E o parágrafo único: "O autor e o réu poderão indicar assistente técnico do perito". Cada parte indica o seu. Ésses assistentes hão de ser ouvidos na audiência de instrução e julgamento (Código de Processo Civil, art. 268), por tempo não excedente de dez minutos cada um.

5.ACORDO QUANTO *À* CONTRAPRESTAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. "Havendo concordância sôbre o preço", diz o art. 22 do Decreto-lei n. 3.365, "o juiz o homologará por sentença no despacho saneador".

Tal concordância, antes de expirar o prazo para a contestação, homologada no despacho saneador, é pré-

excludente do resto do procedimento; porém de modo nenhum a homologação faz as vêzes da decisão do art. 29.

A respeito escreveu M. SEABRA FAGUNDES *(Da Desapropriação,* 298) "Se o acordo se der, após o ajuizamento do pedido e antes de findo o prazo para a contestação, será oficialmente homologado pelo juiz. A ação é, neste caso, encerrada pelo despacho saneador, que, em tal eventualidade, assume o caráter de decisão terminativa do processo, equiparando-se às sentenças proferidas nos processos de jurisdição voluntária". De modo nenhum. A indenização tem de sêr prévia. Primeiro se há de prestar aquilo em que se acordou, para que se possa desapropriar. Se a homologação fôsse sentença final, de que resultasse a desapropriação, estaria violado o art. 141,

§ 16, 13 parte, *in lUte,* da ConstituIção de 1946: o juiz teria fechado a relação jurídica processual, permitindo transcrever-se a sentença de homologação, sem ter verificado se o demandado recebera a indenização, ou se fOra depositada, regularmente. Nada mais contrário aos princípios de direito processual e, o que mais importa, à Constituição de 1946, que exige, como as anteriores, que a indenização seja prévia. A sentença do art. 29 é meliminável. Homologado o acOrdo do art. 22, entrega o Estado a indenização, ou a deposita; entregue, ou depositada, os autos sobem ao juiz, que profere a sentença de desapropriação, em que há a questão prévia da entrega ou depósito da indenização (elemento declaratório da sentença) e a desconstituição da titularidade do demandado, com ou sem atribuição a outrem, seguida do mandado de imissão de posse. Tratando-se de bem cuja perda de propriedade, ou de elemento da propriedade, depende de registro, a sentença, que então se profere, é que é o *titulus.*

Não se poderia dispensar a sentença do art. 29, com o argumento de que, após a homologação do acordo, só se trata de execução do ato desapropriatório. A ação de desapropriação somente tem de executividade o que enche o elemento mandamental (mandado de imissão de posse) e o constitutivo negativo. A própria transcrição não é execução; é emprêgo normal da sentença como titulo.

Por outro lado, é preciso advertir-se em que o demandado pode ter acordado no valor oferecido, mas contestar, no tocante ao pressuposto da destinação, a ação. Não se põe termo à relação jurídica processual. A despeito da homologação, no despacho saneador, prossegue-se na ação: o Decreto-lei n. 3.865 tem de ser entendido de modo que os princípios constitucionais possam ser observados; os arts. 90 e 20, 2.~ parte, do Decreto-lei n. 3.365 são contrários à Constituição de 1946. A ação para se decretar a nulidade da desapropriação somente satisfaria o art.

141, § 16, *is fite,* da Constituição de 1946, se o adiantamento de cognição, em que os arts. 9□o e 20, 2.8 parte, do Decreto-lei n. 3.365 importariam, não tivesse os efeitos definitivos do art. 35 do Decreto-lei n. 3.365. É preciso atender-se à época em que foi elaborado. A despeito do acOrdo sObre o valor, pode existir discordância sObre o direito a desapropriar. A sentença do art. 29 ou defere ou indefere o pedido. Se indefere, o acOrdo perde tOda eficácia.

Se o acordo vem após a contestação, precisa de ser homologado, para que se considere sObre tOda a matéria *sub judice,* mas, ai, é de desistência, ou transação, que se trata. Não há apenas o acOrdo do art. 22. Há o acOrdo do art.

206 do Código de Processo Civil, ou o do art. 207, com as conseqüências, respectivamente, de, ali, se pôr termo à relação jurídica processual, pela desistência do autor, *que tem a eficácia de renúncia à ação de desapropriação,* se não se frisou que só do processo em andamento se desistia, e de, aqui, ou se pôr fim à relação jurídica processual, ou, o que é menos provável, só se haver transigido sObre o quanto porque parte do pedido se eliminou.

Se o acOrdo do art. 22 foi seguido de entrega, ou depósito da indenização, e não houve contestação, nada obsta a que sejam a mesma, formalmente, a sentença do art. 22 e a do art. 29.

6.CUSTAS. Diz o art. 30 do Decreto-lei n. 3.865: “As custas serão pagas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido;em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei”. Se há o acOrdo do

art. 10 do Decreto-lei n. 8.365, as custas hão de ser pagas pelo que, no acOrdo, assumiu a obrigação de as pagar; se o acOrdo não o previu,, pelo desapropriante. Se não houve o acOrdo do art. 10 do Decreto-lei n. 8.865, mas sim o do art. 22

(verbis "concordância sabre o preço"), homologado pelo juiz, paga-as o desapropriante, que é autor. Se não houve o acOrdo do art. 10, nem o do art. 22, há o laudo pericial, a audiência de instrução e julgamento e a sentença do art. 29. Então, ou a contestação do réu é procedente, ou não no é, no todo ou em parte. A procedência no todo tem a conseqUência de se carregarem as custas ao desapropriante, que é vencido e pretendeu desapropriação sem ter direito a desapropriar. A procedência em parte, que importa em não se dar a desapropriação, trata-se como improcedência total da ação, devendo carregar-se as custas ao desapropriante *(e.* g., não pagou nem depositou o quanto da indenização, ou não havia razão para se desapropriar). Se a ação é julgada procedente, mas a indenização não foi a que se oferecera, nem a que exigia o dono do bem, a condenação nas custas é proporcional.

Se o demandado rejeita a oferta e indica outro quanto, ou, simplesmente, que se arbitre, entendeu a 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 12 de julho de 1948 *(R. dos* 2"., 148, 217 s.), que não paga as custas, o que é temperamento à 1.8 parte do art. ao, onde só se fala do que aceitou o quanto oferecido; mas, se o demandado não aceita o quanto arbitrado, trata-se como vencido para o efeito da condenação proporcional (1.8

Câmara Civil, 8 de junho de 1942, 1?. *F.,* 96, 654 s.), ainda se o arbitrado coincide com o que se ofereceu, porque aí as custas são pagas proporcionalmente.

Se o autor desiste da ação, carregam-se-lhe as custas (Código de Processo Civil, art. 55, 1.ª parte); se por transação, metade a cada um, salvo acOrdo sObre isso (art. 55, 2.ª parte).

Note-se que o demandado é vencido se nega ser caso de desapropriação e a sentença lhe é contrária. Paga, então, as custas. Não importa em negar-se ser caso de desapropriação alegar-se que o Estado invocou o art. 141, *§* 16, 1.8

parte, da Constituição de 1946 (necessidade pública, utilidade pública,interesse social), e não deu prova da existência de pressuposto. Aí apenas frisa o demandado que o ônus da prova toca ao autor; e isso não é alegar o contrário. ~J fazer considerações sObre direito

objetivo. Se o demandado alega que as despesas de desmonte, de transporte e de reinstalação lhe são devidas e o juiz não lhe dá razão, é vencido *nessa parte,* servindo de base o quanto pedido.

Se, invocado o art. 141, *§* 16, 1.a parte, da Constituição de 1946, *verbis* "necessidade pública", o demandado contesta haver tal necessidade pública, e o autor faz prova de "utilidade pública", ou de "interesse social", a sentença, que desapropria, não pode condenar ao pagamento das custas o demandado, se necessidade pública não havia. E vice-Versa.

Se o bem fOr desapropriado por duas entidades estatais (União e Estado-membro, Distrito Federal, Território ou Município; Estados-membros e Município, ou Distrito Federal; Distrito Federal e Município de alguma unidade estatal, ou Território), o que pode ocorrer, como se é para edificação de pOrto comum, ou hospital de fronteira, ou estrada de rodagem comum, ou ereção de monumento de interesse comum, as custas são repartidas em proporção, se os valores ofertados são diferentes, e têm de ser condenados às custas. Se o bem desapropriado é propriedade de duas ou mais pessoas, as custas, em que hão de ser condenados, são proporcionais. -

No Código de Processo Civil, o art. 892 estatui: "Não se expedirá mandado executivo se a execução depender de prova de contraprestação devida ao executado pelo credor". A 33 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 8 de junho de 1948 *(R. dos T.,* 146, 166 s.), aplicou-o, em processo de execução por custas, contra o desapropriante que não cumprira deveres e obrigações oriundos da desapropriacão; *in casu,* de demolir prédios e levantar parede. Com tOda a razão. Se houve acOrdo, pendente a lide, e sobrevém a sentença, mas o demandado alega que não está sendo cumprido, ou não foi cumprido, ou foi cumprido insatísfatôriamente (adimplemento ruim), o juiz, que proferiu a sentença, ou o tribunal, onde se está julgando o recurso, ou onde se julgou o recurso, pode suspender a tiragem da carta de sentença, ou oficiar ao oficial de registro de imóveis para que não proceda à transcrição da sentença, ainda se já transitou em julgado. Antes, §§ 1.617, 9, e 1.619, 2.

§ 1.622. Citação do desapropriando

1.PRESSUPOSTO DA CITAÇÃO. Um dos requisitos da petição inicial de desapropriação é o de dela constar a qualificação do réu (Decreto-lei n. 3.365, art. 13; Código de Processo Civil, art. 158, II). Se não foi

citado o proprietário, o processo é neficaz. Alguns sistemas jurídicos excluem a ineficácia da desapropriação, sob o fundamento de que o assunto merece trato diferente daquele que se lhe daria em direito civil e em direito processual civil. No sistema jurídico brasileiro, só se não permite a reivindicação se o bem já foi incorporado à Fazenda Pública, ou, melhor, se já foi transcrita a sentença. O art. 85 do Decreto-lei n. 3.365 estabelece: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver--se-á em perdas e danos”. £ de se advertir, de início, que a incorporação pode não ter sido à Fazenda Pública, ter sido entregue ao povo, e então seria de todos, ou a alguma empresa que ten$a fim de necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social. Em qualquer das três espécies não há a reivindicação após a transcrição da sentença. Antes disso, a decretação da nulidade do processo importa em que não haja sentença trânsita em julgado, ou, rescisão da sentença; portanto pre-exclui-se a transcrição. Sem citação, não há *eficacia.*

Se a sentença é *nula* e a transcrição se fêz, o art. 85 do

 Decreto-lei n. 3.365 não incide. Idem, se a sentença é *inexistente.* O art. 85 do Decreto-lei n. 3.365 sOmente se pode referir às sentenças rescindíveis por nulidade do processo; não às sentenças inexistentes, às nulas e às D

ec

re

ineficazes.

to

A sentença é *inexistente* (= não existe a sentença que aparece como sentença), no sistema jurídico brasileiro, se é

-

só aparente, ou se a relação jurídica processual não se estabeleceu, por se não haver obrigado à prestação le

jurisdicional juiz, ou juiz que se pudesse obrigar, ou por ser inexistente um dos figurantes. A sentença *nula* é a que i

se profere em relação juridica processual, a que, devendo ser angular,

faltou a angularidade, por falta ou nulidade n.

de citação, ou se faltou algum requisito de validade da sentença.

3.

3

Se de sentença inexistente ou de sentença nula se tira carta de sentença para se proceder à transcrição, o oficial de 6

registro deve negar-se a transcrevê-la. Transcritibilidade é efeito; e sentença inexistente e sentença nula não 5

produzem efeito. *Aliter,* se a sentença só é rescindível. Se o oficial do registro, a despeito da inexistência ou da di

nulidade da sentença, transcreve a carta de sentença, o registro é retificável. O art. 18 do Decreto-lei n. 8.365 é z-

óbice à reivindicação se houve transcrição em virtude de sentença eficaz, e sentença inexistente e sentença nula se

não têm efeitos, *nenhum efeito.* A fixação dos conceitos de sentença inexistente, nula e rescindível pertence ao q

direito processual.

u

e

2.CONTINUIDADE DO REGISTRO. Em consequência, se ao oficial do registro chega sentença de

“

desapropriação em que o réu não é o proprietário segundo o registro, o princípio da continuidade do registro impde os

ao oficial (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 214 e 215) que recuse a transcrição, levantando a b

dúvida a que se refere o art. 215, § 1.0, do Decreto n. 4.857. E o proprietário segundo o registro pode propor a e

ação contra o desapropriante, inscrevendo no registro de imóveis a citação, para elidir a fé do registro que a fizer ns

(Decreto n. 4.857, art. 178, a), VII). A reivindicaçÃo poder-se-á dar. Somente não cabe: se, tratando-se de e

aquisição a pessoa que constava do registro, não seria de admitir-se; se a transcrição se fêz a favor do Estado, isto x

4, da União, do Estado-membro ou do Município, por *efeito* de sentença, ainda que se dê a rescisão da sentença pr

transcrita. Todo cuidado há de ter o intérprete em se não deixar levar, aí, por princípios de direito estrangeiro.

o

pr

1623. Recursos da sentença de fixação

ia

d

1. APELAÇÃO. A apelação pelo demandado ou quem o substituiu não tem efeito suspensivo. Pode cumprir-se a os

sentença. Se fOr provido o recurso, já feita a transcrição, a decisão do tribunal reforma a sentença e cancela-se a

,

transcrição em virtude do acórdão reformativo. No art. 85, 13 parte, do u

245

m

a

v

ez

in

c

or

p

or

a

d

os

à

F

az

e

n

d

a

P

ú

bl

ic

a,

n

ã

o

p

o

d

e

m

p

o

d

e

o

c

or

re

r

a

p

ós

o

le

v

a

nt

a

m

e

nt

o

d

a

q

u

a

nt

ia

in

d

e

ni

za

tó

ri

a,

o

u

o

d

e

p

ós

it

o

d

e

q

u

e

fa

la

m

os

ar

ts.

8

8

e

8

4,

p

ar

á

z

d

o

n

o,

a

p

el

a,

e

m

v

ez

d

e

re

iv

in

di

ca

r.

S

e

v

e

m

c

o

m

a

re

iv

in

di

ca

çã

o,

a

in

sc

ri

çã

o

d

a

ci

ta

çã

o

n

a

aç

ã

o

d

e

q

u

e

o

of

ic

ia

l

d

pr

ie

d

a

d

e,

p

ar

a

o

efeito do art. 84, parágrafo único, do Decre

to

-

le

i

n.

3.

3

6

5.

A

aç

ã

o

d

e

re

iv

in

di

ca

çã

o

é

u

m

a

d

as

aç

õ

es

v

a

nt

a

m

e

nt

o

d

a

in

d

e

ni

za

çã

o.

A

s

n

ul

id

a

d

es

pr

o

ce

ss

u

ai

s,

a

q

u

e

se

re

fe

re

o

art.
35,
13
parte,
do
Decreto-lei n.
3.365,

o

te

r

propriação, eficácia de *vocatio in ins* de quem quer que seja interessado no bem desapropriando. Quanto à si

inexistência de sentença e às nulidades processuais que fazem *nula* a sentença, e não somente rescindível, a d

decisão na ação declarativa negativa, ou de constituição negativa, ou *incidenter,* é de eficácia retificativa do o

registro, por ser, também êle, inexato *(e.* g., sentença de quem não era juiz, desapropriação promovida sem de-ci

ereto de declaração de desapropriação, desapropriação pelo Município contra o Estado-membro, ou contra a ta

União, do Estado-membro contra a União, ou por particular).

d

2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A garantia constitucional do art. 141, § 16, da Constituição de 1946, dá o

ensejo a recursos extraordinários sempre que se haja caracterizado violação dos princípios constitucionais, n

principalmente se a lei estabelece que a indenização seja segundo critério que constitucionalmente não é “justo”, o

ou se faz posterior a qualquer ato desapropriativo a indenização.

pr

o

§ 1.624 Desistência e renúncia

ce

ss

1. RENÚNCIA À DESAPROPRIAÇÃO. O Estado pode renunciar à declaração de desapropriação. Volve ao o

que era a situação dos fatos antes do decreto em que a declaração de desapropriação foi feita. O demandado não d

pode renunciar, nem desistir do processo de desapropriação, porque nenhum outro direito tem que o direito à e

indenização e à defesa no processo. Pode desistir de recursos e de ações contra o Estado. A renúncia à declaração d

de desapropriação somente pode dar-se até proferir-se a sentença, ou até o julgamento da apelação, se da sentença es

se apelou, ou de outro julgamento, se outro recurso cabível se interpôs. Após isso, a renúncia pelo Estado é a

renúncia à transcrição da sentença e à imissão de posse, o que já exige poder o Estado dispor de bem, de acordo pr

com a lei (Código Civil, art. 67). A renúncia à ação e a desistência do processo são inconfundíveis. Pode-se o

desistir do processo, sem se renunciar à ação, se bem que renunciar à ação implique ter-se de desistir do processo.

pr

De regra, não se entende que renuncia quem diz desistir; mas o Estado, que desiste do processo de desapropriação, ia

entende-se ter renunciado à ação, salvo explicitude em sentido contrário. Antes, *§* 1.621, 6.

çã

o,

2. PRAZO PRECLUSIVO E DECLARAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.

ta

l

No art. 10 do Decreto-lei n. 8.365, estabelece-se o prazo preclusivo de cinco anos, para que o Estado, feita a in

declaração de desapropriação, obtenha conclusão do acordo, ou intente a ação de desapropriação. Não basta que ef

tenha iniciado conversações, ou conseguido punctações, sôbre o modo de se resolverem as divergências entre êle e ic

o proprietário; nem que tenha alegado urgência e depositado a quantia de que falam o art. 15 e o art. 15, parágrafo ác

único, do Decreto-lei n. 3.865. É preciso que haja concluído o acordo, ou que haja feito citar-se o proprietário ia

(Código de Processo Civil, art. 292) e não tenha havido absolvição da instância.

te

Se houve a declaração de desapropriação e não se chegou a acordo, nem foi proposta a ação de desapropriação, ou m

foi proposta e o Estado incorreu em absolvição da instância, precluindo-se o prazo de cinco anos, cabe pedir o d

proprietário indenização pelos danos que lhe causou a declaração de desapropriação. A declaração de e

desapropriação não é revogável, no preciso sentido técnico. A desistência pelo Estado tem como conseqUência te

não se ter por interrompido o curso dos cinco anos.

r

Citado o proprietário, a duração do processo de desapropriação não foi prevista pela lei brasileira, mas o Estado a

está sujeito às regras do Código de Processo Civil, arts. 201, V, e 266, *1.* (A pré-exclusão de incidência de tais c

regras jurídicas, em lei sôbre cobrança de dívidas fiscais, não se poderia estender, por analogia, às ações de o

desapropriação.)

ns

No art. ~ 23 alínea, do Decreto-lei n. 8.865, diz-se:

e

“Neste caso”, isto é, precluso o prazo de cinco anos, “somente decorrido um ano poderá ser o mesmo bem objeto q

de nova declaração”. No art. 203, o Código de Processo Civil estabelece que, “salvo no caso previsto no n. III do U

art. 201, a absolvição da instância não obstará à propositura da outra ação sobre o mesmo objeto, desde que o autor ê

n

pague ou consigne as custas em que houver sido condenado”. Se houve a absolvição da instância e precluíu o ci

prazo quinquenal, é de discutir-se se incide o art. ~ 23 alínea, do Decreto-lei n. 3.865, ou o art. 203 do Código de a

Processo Civil. A resposta é no primeiro sentido, porque óbice à propositura, ai, é o ter havido preciso dos direitos d

oriundos da declaração mesma, e não a simples absolvição da instância. Pode o Estado, absolvido da instância, e

propor, de nôvo, a ação de desapropriação, se o quinquênio ainda não expirou; se já expirou, não mais lhe é to

permitido propor a ação de desapropriação, pois teria de fazer nova declaração de desaprapriação, o que só lhe é rn

dado fazer após um ano.

ar

o

ju

lg

a

m

e

nt

o

3.RENÚNCIA E DESISTÊNCIA APÓS A PRESTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. Se o Estado *já* prestou a indenização, que há de ser prévia, e ainda não foi preferida a sentença, pode o Estado renunciar, ou desistir, porque a desapropriação ainda não foi decretada. Tem de pedir a quantia paga, alegando enriquecimento injustificado, ou o levantamento, e se expõe a prestar a reparação dos danos que a declaração de desapropriação e a propositura e mais atos do processa causaram. Não há revogabilidade da prestação da indenização, certamente; nem a prestação da indenização cria ao Estado o dever de levar por diante o processo e obter a desapropriação (sem razão, G.

MEnE, *Wõflerbuch, 1,* 359, e Lonn1L, *Das preussieche Gesetz Itber die Enteignung,* 189), apenas o expõe a prestar indenização pelos prejuízos causados. Sobre a que recebeu tem o demandado direito de retenção(até que se lhe preste essa indenização; e pode pedir ao juiz que indefira o levantamento, até que seja finda, com fOrça de coisa julgada, a indenização. Na ação de enriquecimento injustificado que o Estado proponha contra o que recebeu a indenização, pode esse alegar, em reconvenção, os danos que sofreu, ou objetar parcialmente à arguição de enriquecimento injustifícado, pois não foi sem causa, exceto o acesso em relação aos danos. A ação do proprietário pelo fio-prosseguimento da desapropriação, ainda se não foi proposta a ação de desapropriação, funda-se em que, desde a declaração de desapropríação, o proprietário não pode utilizar o bem como entendia (é bem que vai ser desapropriado), nEo há compradores para ele coma se não existisse tal ameaça, e talvez tenha sido o proprietário levado, *e.* g., devida à imissão provisional da posse (Decreto-lei n. 3.365, art. 15 e parágrafo único), a mudar de prédio, ou, a comprar outro.

Aliás, no caso de ser decretada a nulidade do processo, eu de ser julgada improcedente a ação de desapropriação, tem o estado de prestar a indenização pelos prejuízos que a declara$o de desapropriação e o processo causaram, se precluiu o quinquenio, ou que somente foram causados pelo processo, se ainda há tempo para a propositura de outra ação e o Estado a propõe.

Não é preciso provar-se culpa, qualquer que seja a ação de indenização contra o Estado (O. MAmE, *Deutsches Verwaltungsrecht,* III, § 34, III, 2), *in fine).*

1.625. Sentença constitutiva final

1. IMISSÃO DE POSSE E TRÂNSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE. Diz o art. 29 do Decreto-lei n. 3.865 que efetuada a prestação do quanto indenizatório, diretamente, ou por meio de depósito o juiz expede o mandado de imissão, "valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis", O juiz, nessa decisão, posterior, necessaiamente, à juntada da prova da prestação, julga que se juntou tal prova e que a prova merece fé; dai mandar que se expeça o mandado de imissão. Essa decisão, que o Anteprojeto da Lei de desapropriação, cujo resultado foi o Decreto-lei n. 3.865, reduzia a despacho de imíssão de posse, acrescentando que valeria "como titulo hábil para a transcrição no registro de imóveis", é a sentença de desapropriação, inconfundível com a sentença fixadora do quanto, que se profere na audiência (Decreto-lei n. 3.865, art. 24), e com a decisão homologatória do acordo sôbre a indenização (art. 22). A sentença do art. 29 é constitutiva-mandamental; constitutiva, porque é ela que decreta a perda da propriedade e serve de titulo ao registro de imóveis, mandamental, porque manda expedir o mandado de imissão de posse. O elemento declarativo é interior, funciona coma questão prévia de declaração de estarem satisfeitos os pressupostos da desapropriação. Em classificação das sentenças, pela carga de eficácia, teria a seguinte composição de eficácia:

Dectaratória

Constir ativa

Condenacória

Mandameníal

O mandado de imissão só se refere à posse. O dominio ou outro direito real sôbre imóvel só se perde com a transcrição dessa sentença, au do acordo conforme o art. 10 do Decreto-lei n. 3.365. Tratando-se de móvel, sentença e imissão perfazem o fato extintivo. Não há extinção, a *fortiori* aquisição do direito real sôbre imóvel, em virtude somente da sentença, porque a eficácia real depende do registro. Por isso mesmo, erram palmarmente os que dizem que a transcrição "regulariza" (?) a transferência do dominio. É absurdo afirmar-se que a transcrição

"não é imprescindível", e que "a transmissão do dominio, na desapropriação, se opera, mesmo em relação a terceiros, sem a transcrição do título de transferência no registro de imóveis". O argumento de que o que adquirisse ao demandado o bem imóvel, após a sentença do art. 29, não teria qualquer direito sôbre o bem, é sem pertinência: com a declaração de desapropriação, estabeleceu-se a publicidade, de modo que seria *ineficaz* contra o Estado, que indenizou a imissão; a sentença do art. 29 nada muda a essa situação: a transcrição do título negocial de modo nenhum atingiria o Estado, porque, se feita, antes mesmo da sentença, não se daria a eficácia contra o Estado. Com a sentença, o Estado vai ao ofício do registro de imóveis e obtém a transcrição, porque a perda é eficácia de ação real. ~ preciso, em tais assuntos, de extrema delicadeza, não se deixar o racicionio tecer conclusões fáceis, fora dos principios. Na espécie, é de notar-se, antes de tudo, que há regra de lei explícita, *verbis*

"valendo a sentença como título hábil" (isto é na linguagem a técnica do legislador, que não percebia a distinção entre validade e eficácia "tendo a sentença eficácia de título hábil") "para a transcrição no registro de imóveis".

Há mais:

o

art. 178, *b),* X, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. Interpretar o art. 29 como atributivo de eficácia sentencial supérflua é ir contra rudimentares princípios de interpretação das leis. Não se diz, nas leis, que a sentença basta para ato dispensável, prescindível, supérfluo, ou inepto. A lei deu à sentença eficácia para a transcrição, não a fêz sucedâneo da transcrição; a lei atribuiu à sentença o caráter de *titulus,* não a de eficácia extintiva da propriedade: a desapropriação está decretada; a eficácia real, quanto ao imóvel, depende do registo. Por isso mesmo, se o terceiro adquire o bem imóvel, pela transcrição, e foi rescindida a sentença de desapropriação (a sentença do art. 29 do Decreto-lei n. 3.365), o Estado não pode deixar de entregar o imóvel ao adquirente. Nem se pode pensar em invocação do art. 35, □

1 a parte, do Decreto-lei n. 3.365 pelo Estado, porque, se

não se deu a pe~da, a *fortiori* não se deu a incorporação a que aquele art. 35, 1.~ parte, se refere. O outro argumento, que se traz *à* balha, de não se referir o art. 532 do Código Civil às sentenças de desapropriação *é* infantil: seria contra a técnica legislativa contemporânea referir-se o Código Civil ao momento de eficácia do ato desapropriativo; tinha de referir-se (e referiu-se) *à* eficácia da desapropriação, como uma das causas de extinção, sem entrar na apreciação do momento em que a extinção se dá. Ora, o art. 29 do Decreto-lei n. 3.365, *lex specia.lis,* foi explícito: permitiu, pendente a lide, a imissão próvisória de posse (art. 15), a ocupação temporária (que posse direta **é)** dos terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários **à** sua realização (art. 36) e a imissão de posse, por mandado judicial, após a sentença de desapropriação (art. 29); quanto **à** eficácia real, somente há a alusão **à** transcrição, ~para a qual *é* preciso a sentença, porque somente ela decreta a desapropriação, após a verificação de estarem satisfeitos os pressupostos da desapropriação, se bem que sôbre alguns dos pressupostos já possa haver decisão com fôrça de coisa julgada. Título para a perda da propriedade somente **é,** em matéria de desapropriação, o acordo do art. 10, ou a sentença do art. 29 do Decreto-lei n. 3.365; em se tratando de propriedade imobiliária, só a transcrição a extingue (Decreto-lei n. 3.365, arts. 29 e 10; Código Civil, art. 590

combinado com os arts. 859 e 860; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, *b),* X). A aquisição da propriedade imobiliária, após essa perda, só se opera com a transcrição se a sentença explícita ou implicitamente a titula. (Não se deve falar em transferência do dominio. Não há transferência. Há perda da

propriedade pelo dono do bem desapropriado. Aquisição, talvez, pelo Estado, ou por outrem, a que o Estado, pelas indicações na declaração de desapropriação, OU pelo acordo do art. **10,** ou pela sentença do art. 29 do Decreto--lei n. 3.365, dê o titulo.) § 16, 1□~ parte, *in firte,* e contra a lei, uma vez que o art. 79, alínea 1.a, do Decreto-lei n. 8.365, é contrário à Constituição.

A posse imediata pelo desapropriante dispensa a imissão na posse indireta ou mediata. Se o Estado, por exemplo, era locatário, não pode, por si só, transformar a sua posse em posse de desapropriante. O efeito possessório da desapropriação depende do cumprimento do mandado de imissão, pôsto que sistemas jurídicos haja que, à diferença do direito brasileiro, atribuam à sentença o efeito de dação de posse (legislação prussiana, saxônica e hávara), ou permitam ao juiz atribuir-lho (Lei francesa de 8 de maio de 1841, art. 41).

2. PROVISIONAL NA POSSE. A imissão provisional de posse rege-se pelo art. 15 e parágrafo único (redação do Decreto-lei n. 9.811, de 9 de setembro de 1946, art. 1.0). É sempre sem depender da propriedade, ao passo que a imissão do art. 29 pode proceder ou suceder à transcrição. A imissão provisional é adstrita ao fim da desapropriação: não pode o Estado, que quer desapropriar para o uso segundo o art. 66, 1, ou II, do Código Civil, obter posse para o uso segundo o art. 66, II, ou, se quer desapropriar para o uso do art. 66, 1, obtê-la para o uso do art. 66. II. Se desapropria para o uso do art. 66, II, pode obtê-la, provisionalmente, para o uso segundo o art. 66, 1, ou para o ~uso segundo o art. 66, II.

8. AÇÕES POSSESSóRIAS PENDENTE O PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO. Durante o processo da desapropriação, pode o desapropriando lançar mão das ações possessórias contra o Estado, porque o art. ~ é contrário à Constituição de 1946 e a posse há de ser por mandado de imissão de posse, ou conforme o acordo previsto no art. 10, alínea 1,2. Na ação possessória contra o Estado, pode êsse objetar que já tinha posse direta ou imediata e não a está transformando em posse indireta, ou que o próprio desapropriando lha transferira. O sistema jurídico brasileiro não tolera a doutrina de outros povos que pré-exclui a tutela possessória do desapropriando contra o Estado. O ato do Estado seria ato de justiça de mão própria. A imissão judicial de posse, em vez disso, opera contra todos. O opor-se à tomada de posse pelo Estado, se não precede mandado judicial, não é ato contrário a direito, O possuidor, demandado, ou terceiro, pratica-o em legítima defesa (Código Civil, art. 160, 1, 1.2 parte).

Em alguns sistemas jurídicos a que o art. 7,0 do Decreto-lei n. 8.365, se não fôsse contrário à Constituição de 1946, filiaria o direito brasileiro o Estado pode entrar nos prédios desapropriandos, desde que incluídos na declaração de desapropriação, podendo a polícia auxiliá-lo (coação policial). Sob a Constituição de 1946, seria ilegal tal tomada de posse. À própria imissão provisional pelo juiz exige-se que se faça com a apreciação de pressupostos necessários (urgência da imissão antes da sentença, depósito da quantia fixada segundo o art. 685 do Código Civil ou segundo o art. 15, parágrafo único, do Decreto-lei n. 8.865).

§ 1.627. Eficácia da desapropriação

1. EFICÁCIA DA SENTENÇA DE DESAPROPRIAÇÃO. O ato de desapropriação é ato jurídico *stricto senmt,* de que se irradiam efeitos jurídicos, dos quais é principal a perda da propriedade pelo demandado, ou pelo que, acudindo à declaração de desapropriação, entra em acordo desde logo. Toda restrição da propriedade que, durante o tempo entre a declaração e a eficácia do acordo, ou da sentença, se haja produzido, cessa. No direito brasileiro, em vidude de regra jurídica constitucional, a indenização é pressuposto necessário do ato desapropriativo, e não efeito. No passado, não se pensava em perda da propriedade, sem ser segundo o direito civil, donde ter-se lançado mão da categoria jurídica da compra-e-venda, a que se juntou o adjetivo “obrigatória”, “forçada”, ou “coacta”. Se bem que W. VON ROHLAND *(Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignugsrechts,* 29) apontasse os restantes partidários de tais teorias privatísticas, ainda alguns juristas, alhures e no Brasil, são vítimas de tal reminiscência Ora, no Brasil, não podemos, sequer, conceber a indenização como preço de venda, pois é pressuposto necessário da desapropriação mesma. Nem isso bastaria a que se cogitasse de obrigação nd *generis,* nascida da sentença, ou do recebimento da indenização, de entrega da coisa (assim, mais ou menos, G. MEYER, *Das Recht der Expropriation,* 184 s.; mais restrito a alguns casos, em *Verwaltungsrecht,* 1, 286). Para o direito brasileiro mesmo, que exige a indenização prévia, a construção não serve: nenhum dever de entrega surge; o desapropriante, ou quem Ole indicou, ou indique, é imitido na posse. O dever de entrega vamos encontrá-lo nas requisições, ainda expropriativas, razão por que se alude ao ato de requisitar (cp. Decreto-lei n. 4.812, de 8 de outubro de 1942, art. 13: “A requisição só obriga o requisitado a satisfazê-la e só tem valor para o efeito do recebimento da indenização respectiva, quando fôr feita por escrito e assinada por extenso e com clareza pela autoridade requisitante, com

a declaração do pOsto, cargo, qualidade ou função que lhe confere o direito de fazê-

la"). O ato de requisição é negócio jurídico unilateral de direito público, em exercício do direito de requisitar, que advém da incidência do art. 141, § 16, 2.~ parte, da Constituição de 1946, e das leis federais e estaduais sObre requisições .

Ambos os atos o de desapropriar, que depende da declaração de desapropriação e do acordo, ou do processo e sentença, e o de requisitar, que é extrajudicial são de direito público; à perda da propriedade é que, simples efeito, se passa no plano do direito privado.

2. FORÇA E EFICÁCIA DA SENTENÇA DE DESAPROPRIAÇÃO Alguns juristas deixam escapar que a desapropriação tem como efeito principal, que~ corresponde, outrossim, à sua natureza, a transferência da propriedade. Mas tal conceituação é de repelir-se: o efeito de aquisição é posterior, ainda lôgicamente; a desapropriação tira a propriedade a alguém, é causa de perda da propriedade, e não de perda e aquisição por outrem. Tratando-se de bem imóvel, a aquisição, que pode não acontecer ainda após a transcrição (se o bem foi desapropriado para ser bem de todos), só se opera com a transcrição. Tratando-se de bem móvel, a eventual aquisição por alguém é em virtude de ato do Estado. A requisição expropriativa, que só se pode fundar no art. 141,

§ 16, 2.8 parte, da Constituição de 1946, é causa mediata de perda da propriedade, não desde a entrega, que é em virtude de *dever de entrega* nascido com o ato jurídico da requisição legal, de que resulta, para o requisitante, o dever de prestar a indenização (aqui, a indenização é *efeito,* em vez de pressuposto necessário, como se dá na desapropriaçáo stricto *sensu,* baseada no art. 141, *§* 16, 1.8 parte, *in une),* mas desde que a causa imediata da perda ocorra.

A respeito das requisições, nega O. MATER *(Deutsches VerwaltlMlgftreeht,* II, 2.‟ ed., 354, 3.‟ ed., 218), na esteira de STOBEE-LEHMANN *(Handbuek,* III, *1,* 3.‟ ed., 506), que importem em desapropriação. Mas verdade é que às vOzes tal expropriação se dá; donde a espécie de requisição a que chamaifios *reqidsiçâo ezproqrriativa,* regida pelo art. 141, § 16, 2.‟ parte, como as reqiusiçoes nflo-expropriatins que nêle também se fundam. As requisições para execução de planos econômicos, subordinadas ao art. 146, de regra só estabelecem certa administração e gestão estatal, ou

paraestatal; se desapropriam, têm de considerar-se desapropriações regidas pelo art. 141, § 16, 1.8 parte, in *fie,* ou, se ocorrem os pressupostos excepcionais do art. 141, § 16, 2.‟ parte, requisições expropriativas.

3. AQUISIÇÃO SEGUNDO O DIREITO PRIVADO. A propriedade adquirida , a desapropria$o é adquirida segundo o direito civil: se imobiliária, pela transcrição; se mobiliária, segundo os princípios de direito civil, para o qual o ato de direito público é titulo. Tal aquisição nada tem com o ato desapropriativo. Já se supõe perdida a propriedade do desapropriado (eficácia de direito civil do ato de direito público). O ato de transcrição da sentença, ou do acOrdo, contém a indicação da titularidade, ou da não-titularidade do direito. Se o bem é dominical, no sentido do art. 66, III, do Código Civil, ou se é público especial, ou de todos, é com a transcrição que se sabe: ela é quem inaugura a nova ordem subjetiva da história jurídica do bem. A aquisição da propriedade é *posterius,* em relação à perda da propriedade pelo dono do bem. Tal aquisição pode ser só efeito civil e pode ser efeito civil a que se junta efeito de direito público, como se o bem passa a ser de propriedade do Estado e destinado ao uso especial, do art. 66, II, do Código Civil, ou ao uso de todos, conforme o art 66, 1. Os dois efeitos são efeitos de dois atos distintos, o da aquisição e o outro. Se o bem desapropriando pertence ao Estado-membro, ou ao Município, ao Distrito Federal, ou ao Território, e é destinado ao fim do art. 66, 1, ou do art. 66, II, a desapropriação acarreta a desdestinação, porque só o adquirente é que pode destinar. A desdestinação, aí, é implícita na perda da propriedade; é mais adestinação que desdestinação. Operada a desapropriação, nenhuma ligação há com o passado, subjetiva ou objetivamente *(e. g.,* art. 31 do Decreto-lei n. 3.865:

“Ficam sub-rogados no preço quaisquer Onus ou direitos que recaiam sôbre o bem expropriado”; *aliter,* os direitos contra o expropriado, art. 26, porque êsses continuam ligados ao devedor, ou obrigado subjetivamente).

4. EFICÁCIA

PERDENRANTE

OU

PÔS-SENTENCIAL

A

FAVOR

DO

DONO

LO

BEM

DESAPROPRIANDO. Há efeito que se produz após a transcrição da sentença de desapropriação, ou, em geral, *após* a perda da propriedade pelo que sofreu a desapropriação. É efeito do fato jurídico da perda, efeito *positivo* de fato jurídico *negativo.* Ao perder a propriedade, o perdente faz-se titular de direito de preferência, portanto há dever de oferta, por parte do Estado. O art. 1.150 do Código Civil continua em vigor: "A União, o Estado ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que desapropriou". Há necessidade da afronta (art. 1.158), para que se inicie o prazo preclusivo. A regra jurídica do art. 1.150 só se refere a imóvel; ~ de modo que se permite a desdestinação, sem preferência, em se tratando de bem móvel? Tudo aconselha a que se leia o art. 1.150 como relativo a ia *quod plerum que fit.* Não se justifica tratarem-se desigualmente o proprietário do bem imóvel e o do bem móvel. Se o Estado desapropria o bem móvel, desdestinando-o depois, como se alegou ser necessário ao Museu de coisas históricas e depois o vai vender, tem de afrontar o ex-dono.

Convém ainda observar que, se o Estado requisitou, expropriativamente, e desdestina o bem requisitado, alienando-o, nasce ao que sofreu a requisição expropriativa o direito de preferência a que se refere o art. 1.150 do Código Civil. A requisição expropriativa apenas se distingue da desapropriação em que os pressupostos daquela são especialissimos. A requisição, expropriativa, ou não-expropriativa, que não obedeceu ao art. 141, § 16, 2Y

parte, da Constituição de 1946, é ato ilícito do poder público, que por êle responde ainda que não tenha havido culpa do órgão estatal que requisitou.

CAPITULO III

§ 1.628. Imissões constitucionalmente permitidas

1. REQUISIÇÃO E PROPRIEDADE. No art. 141, § 16,

2.‟ parte, a Constituição de 1946 diz que, “em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior”. Permite-se o uso, o que, tratando-se de bens consumíveis, os destrói; no todo ou em parte, ou lhes tira a existência como bem *per se (e.* g., passa a ser parte integrante). As requisições de gêneros alimentícios, de tijolos, de telhas, de cimento, de serviços, ou de prédios para derrubada das paredes *(e.*

g., evitar que o incêndio se propague ao quarteirão, ou que atinja o depósito de inflamáveis), são *requisições expropriativas:* não são desapropriações. O dono de tais bens não os perde por ato de desapropriação, e sim pelo consumo ou perecimento parcial ou total do bem, ou pela integração ou perda da individualidade do bem. Quem requisita não desapropria, não faz perder a propriedade; a perda da propriedade seria conseqUência do uso, *após* a entrega. Quem desapropria não requisita: leva por diante, perante o juiz, ou por acordo, o ato de desapropriação, iniciado com a declaração de desapropriação.

O primeiro pressuposto para a requisição é o *perigo iminente.* Perigo iminente, como a guerra e a comoção intestina; e não perigo de requisição devida a êsse perigo iminente: não é preciso que o perigo seja geral; pode ser local, limitado a trecho de rua, como em caso de incêndio. No plano do direito público, tudo se passa, a respeito das requisições, como, no plano do direito privado, a respeito dos atos em estado de necessidade (Código Civil, art. 160, II: “A deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente”).

2. DADOS SISTEMÁTICOS SOBRE O INSTITUTO. A requisição é instituto parecido com o da desapropriação. Não cabe, ainda quando expropriativa, no conceito de desapropriação. É o estado policial de necessidade, o *polizeilicher Not stand* (cf. K. FLEDRICES, Polizeinotstand und Schadenersatz, *Preussiaches Ver‟waltungsbkitt,* 45, 2). Por outro, se não se retira ao dono, ou titular do direito, a propriedade, se o ato estatal não produz a perda, não há pensar-se em

desapropriação. Se épreciso destruir mesmo, ou parede, ou cais, ou tirar água, ou usar o automóvel, ou servir-se da entrada privada, não há desapropriação: tudo se passa no terreno láctico, dai ser preciso requisitar-se, se há tempo. A desapropriação, em vez disso, opera no mundo jurídico essa extinção, essa perda. A seta parte do mundo jurídico, pelo mundo jurídico, e atinge o alvo, no mundo jurídico. No ato requisitivo, não; se há perda é porque no mundo fáctico ela ocorreu. O Estado, requisitando gêneros, pode devolvê-los; se são consumidos, a perda da propriedade foi pelo consumo; se o Estado os vende para serem consumidos, não importa: a propriedade desapareceu pela irrestituibilidade deles, no mundo láctico. Se saímos da classe das requisições segundo o art. 141, § 16, 2.8 parte, da Constituição de 1946, para a classe das requisições indispensáveis à direção da economia (arte. 145-147), dá-se o mesmo, porque, de regra, o Estado, ai, é apenas o gestor.

A requisição é ato de direito público, e não de direito privado. Também o é a indenização que se pode pagar, no direito brasileiro, posteriorinente: a anterioridade ou posterioridade não tem qualquer relevância para se responder à questão sObre a natureza publicistica ou privatistica da indenização. Quer na desapropriação quer nas requisições, a indenização é de direito público. É indenização por ato jurídico permitido, indenização por prejuízos resultantes da incursão na esfera jurídica de outrem, em exercício regular de direito. Nada tem com a indenização por atos ilícitos (Código Civil, art. 159 e 160). Na desapropriação, a indenização é pressuposto necessário para que ela se dê (Constituição de 1946, na esteira do direito brasileiro, desde a Constituição Política do Império, art. 179,

§ 22, 2.8 parte). Na requisição, a indenização é prestação pelo fato do prejuízo sofrido pelo dono dos bens ou pelo que lhes tem o uns, e não pressuposto. Se a lei, em alguma espécie, estabelece que o Estado a deve prestar quando requisita, ou à entrega do bem, com isso não afaz pressuposto; houve, apenas, assunção de obrigação pelo Estado.

Em conseqUência, se há a requisição e a entrega, houve juridicidade do ato e de seus efeitos, ainda que não houvesse o Estado adimplido o que lhe cumpria.

3. NATUREZA DOS ATOS DE IMISSÃO PERMITIDA POR LEI. No art. 591, permite-se às autoridades

“competentes” (segundo a Constituição de 1946 e as leis) usar da

propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior. O primeiro pressuposto necessário é o existir *quaestio facti* perigo iminente, como guerra ou comoção intestina. Ésses conceitos são, também, os da Constituição de 1946: "Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior" (art. 141, § 16, 2.8 parte).

O ato da autoridade pública, se concorrem todos os requisitos (iminência de perigo, exigir o bem público o ato, competência da autoridade pública), é, nas espécies do art. 591, ato jurídico licito, precisamente ato jurídico *stricto sensu;* e não ato-fato jurídico, nem negócio jurídico. Pode ocorrer negócio jurídico, mas seria *plus.* A respeito, disse a COrte Suprema, a 16 de novembro de 1934 *(A.* 1., 40, 247): "Usando compulsôriamente da propriedade privada, em emergência de grave perigo, até onde o bem público o exija, os representantes do Estado praticam atos rigorosamente lícitos e jurídicos. O dever de indenizar assenta no respeito ao direito de propriedade, que, constitucionalmente garantido, em tOda a sua plenitude, não pode ser lesado, mesmo em benefício do interesse coletivo, sem justa reparação. Utilizada, assim, a propriedade particular, até onde o bem público o exija, é óbvio porque a lei o diz e decorre da própria natureza das coisas que a indenização devida só pode ser liquidada *a posteriori.* Não é possível saber-se, antecipadamente, que tempo levará a ocupação da coisa, nem que dano haverá a ressarcir

4. DANOS RESSARCiVEIs. EM CASO DE IMISSÃO. Quanto aos danos que se hão de ressarcir, nas espécies do art. 591 do Código Civil (Constituição de 1946, art. 141, § 16, 2.8 parte), foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a 9 de junho de 1910, e pela Côrte Suprema, a 16 de novembro de 1934 *(A. 1.,* 40, 247), que os lucros cessantes ou danos negativos se hão de excluir da indenização, se bem que sObre a indenização devida corram os juros legais desde a consumação da requisição. Trata-se de indenização por intromissão permitida. A jurisprudência circunscreveu ao dano emergente a indenização, afastando a do *lucrum cessans.* Isso não significa que não possa ocorrer a legitimação do lesado à ação de enriquecimento injustificado, pelo *luorum cessans.*

Mas ainda se fazem mister algumas precisões. O todo desapropriado compreende ativo e passivo. Todos os direitos já existentes têm de ser incluídos, se a requisição os apanha. Não se inclui na indenização o

que, devido a fato estranho à requisição e posterior a ela, fêz crescer demasiado o valor do bem requisitado, nem o que se poderia ter adquirido depois, vendendo-se o bem requisitado, por alguém ter descoberto que lhe faltava na coleção êsse objeto. Mas a indenização há de obedecer ao valor real ao tempo do desapossamento, inclusive atendendo-se ao alto aluguel que percebia o sujeito passivo da requisição. Se êsse, que tinha no imóvel requisitado instalação industrial, comercial, ou profissional, tem de obter outro local, que lhe agrava o passivo, em relação ao que era anteriormente, levado em conta o interesse da indenização com os juros legais, há *da nnum emergens,* e há de ser ressarcido.

§ 1.629. Limitação ao conteúdo da propriedade

1. TOLERAR E INDENIZAÇÃO. O art. 591 contêm limitação ao conteúdo do direito de propriedade. A inde nização é prestação que há de satisfazer o Estado, como objeto de pretensão que pertence ao conteúdo do direito de propriedade, pois ficou *no lugar* da limitação. Pretensão a ressarcimento pecuniário. As pretensões à indenização quando se atribui ao Estado ou a particulares intrometer-se na esfera jurídica do proprietário são elemento do conteúdo do direito de propriedade, quer se trate de intromissões com fundamento no art. 141, § 16, 2.8 parte (perigo iminente), quer de intromissões para medidas de profilaxia *(e.* g., extinção de árvores doentes), quer de mudanças de linhas de edificação (alinhamento) que levem à derrubada de edifícios, ou à perda de alguma porção de terreno (O. MAYER, *Deutsches Verioaltungs*"*techt,* II, ***2,*** 241s., 521s., e III, 8, 295s.).

A pretensão à indenização não é, nas espécies do arE 591, pretensão por delito. Trata-se de *pretensão de reequilibrio,* ou de nivelação, pela qual se contrabalançam e se tentam apagar os danos provenientes do *dever de suportar os danos* que procedem da limitação ao conteúdo do direito de propriedade.

2. RESPONSABILIDADE INDEPENDENTE DE TODA A CULPA. Se a indústria se instalou antes de ser construída, ou depois de construída a residência, ou outro edifício não-industrial, ou de indústria distinta, e não é removível, nem por isso deixa de haver pretensão à indenização, com base no arE 554, ou no art. 572, T

independentemente de toda culpa do industrial.

2 A responsabilidade oriunda de atos previstos no arE 591

(Constituição de 1946, art. 141, § 16, ***iii*** *tine)* 6 também independe de tOda culpa do órgão do Estado, ainda que se trate de ato de aliado, se praticado 4 no território nacional, ou em território que esteja sujeito à jurisdição brasileira.

3. LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA. Legitimados ativos à indenização são o proprietário, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o credor anticrético, o possuidor *(e. g.,* locatário). Os credores hipotecários e os credores de rendas imobiliárias não têm pretensão contra o Estado, porque, em virtude de sub-rogação real, têm direito de garantia sObre o crédito de indenização do proprietário do imóvel.

A pretensão dirige-se contra o Estado. Se mais de uma entidade estatal é legitimada, dá-se solidariedade, tanto mais quanto pode ocorrer que se não possa apurar de qual dos atos derivou o dano, ou qual a entidade de que provieram os atos.

Se houve requisição) uso da propriedade requisitada e expropriação por ato de consumo próprio ou alheio, mas o Estado, que expropriou requisicionalmente, tendo prestado a indenização, ou antes disso, vai alienar o que requisitou, o art. 1450 do Código Civil incide.

Capitulo IX

INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

§ 1.630. Incursões estatais e direito de propriedade

1. CONSTITUIÇÃO DE 1946. A Constituição de 1946 permitiu a intervenção, *cura justa causa,* na vida econômica; mas deu limites a êsse poder interventivo, quer se trate de direitos reais, quer de direitos pessoais, quer de propriedade imobiliária, quer de propriedade mobiliária.

Diz o art. 45 da Constituição de 1946: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a

liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano". E o parágrafo único: "A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social". No art. 146, a Constituição de 1946 explicitou: "A União poderá, mediante lei especial, intervir no dom!não econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição". No art. 146 ainda se advertiu: ~ uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá com observância do disposto no art. 141, *5* 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos". Outros textos constitucionais que merecem atenção, no tocante à perda da propriedade, são os arts. 141, *§5* 19, 2.0, 30, 40, 16, 17-19, e 148-160. Todavia, só nos interessa, aqui, o exame da competência legislativa ou executiva ou judicial que, com invocação de qualquer das regras jurídicas referidas, exercendo-se, estabeleça perda da propriedade, ou em perda da propriedade importe.

2. PROBLEMA HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL.

A intervenção na esfera econômica é intervenção no direito patrimonial, no direito de propriedade *sensu lato.*

Cedo se viu que havia de justificá-la algum favor, pôsto que alguns juristas misturassem o favor com a benignidade e o privilégio (de benignitate et privilegio, rationis favore, RICARDO DE SIENA; favore militiae, favore publicae utilitatis, ALBERICO DE RosAm, se bem que, para B.41T0W DE SAXOrERRATo, aquela espécie se subsuma nessa). Houve certa tentativa de se enumerarem os favores *(favor religionis, favor libertatis,* BARTOLOMEU DE SALICETO, *ln primum e secundum Codicis Libros,* a C. 7, 7, 1; P. MARCELLINUS; ALVARO VALASCO, *Decisionum Consultationum,* 1, 41; ANTÓNÃO COMES, *Variarum Resolutionum,* II, c.

2, n. 51); ou de concentrar-se no conceito de *utilitas publica* todo o objeto da apreciação do *auf erre cura causa.*

Mas a indenização é de exigir-se ainda *se* o interesse público suplanta o interesse privado. O que mais importa não é a indenização, e sim o existir a *publica utilitas;* mas, se existe a pública utilidade, a intervenção na economia não pode ser sem ressarcimento, ainda se a intervenção se fêz no interesse de todos, pois em princípio todos teriam de indenizar (J. J. DE DIESCAU, *De Surama PoteMate,* n. 19), ou, por todos, o Estado. Se há dano à pessoa que sofre o ato

interventivo do Estado, não é sem indenizabilidade todo o dano; e foi isso o que exprimiu a Constituição de 1946, art. 146, 2.~ parte, *verbi.,* "terá.., por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição". Não se anuiu, de modo nenhum, na concepção de É. CÂSTALDI *(De imperatore,* q. 98), segundo o qual, se há a imissão estatal na esfera jurídica de alguém, só o príncipe pode julgar. A causa há de ser justa, apreciada objetivamente

ser justa segundo a experiência e o julgamento de todos, ou, pelo menos, de todas as pessoas razoáveis).

De passagem observemos que o atender-se ao *favor religioni.s* e o não ser contra direito divino não eram a mesma coisa. No considerar o *favor religionis* causa justa, a lei civil dava por suficiente o pressuposto do *favor religionis;* não era preciso que o direito divino fôsse invocado. Nem a intervenção do príncipe que contraviesse o direito, por faltar o *favor religionis,* seria necessâriamente contravenção do direito divino.

É preciso que o ato jurídico estatal exista e *valha.* O ato jurídico estatal pode não valer, inclusive por ser contra o direito constitucional. Para esse chegar à apreciabilidade do ato jurídico estatal perante a Constituição, também foi lenta e acidentada a evolução, a que, aliás, nem todos os povos se alçaram. A discussão primeiro se travou na fixação do conceito de rescrito *contra ius.* Por um lado, se ia demasiado longe, por se considerar rescrito *contra jus* o rescrito contra o direito divino, ou contra o direito natural, ou contra o direito das gentes, ou contra o direito civil. Por outro, não se havia alcançado precisa hierarquização das regras jurídicas, devido a deficiências do próprio ordenamento jurídico. Todavia, o falar-se de *rescriptum principia* já supúnha a classificação dos atos do príncipe em atos estabelecedores de normas, *constitutiones, leges,* e rescritos, ou outros atos não-normativos, O

maior uso dos rescritos invadindo a própria competência de legislar marcava a carga de violência dos imperadores romanos, como hoje o maior uso dos decretos, regulamentos, portarias e avisos em matéria em que se haveria de fazer lei. Posta de parte a deturpação do conceito, o rescrito era mais ato administrativo, ou somente era ato administrativo, a cujos elementos intrínsecos deveriam corresponder, *em principio,* elementos extrínsecos, principalmente formais. No direito luso-brasileiro, a terminologia jurídica não foi adotada. Rescrito é a resolução régia à consulta. Aqui, o que verdadeiramente nos importa é sabermos como se manifestavam os juristas diante do ato administrativo *contra jus.*

Na Constituição de Teodósio de 426, que é a da L. 7, C., *de precibus inzperatori olferendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non,* 1, 19, disse-se: “Rescripta contra ius elicita ab omnibus iudicibus praecipimus refutari, nisi forte aliquid est, quod non laedat alium et prosit petenti vel crimen supplicanti indulgeat”. Mandamos que se refutem (= se desmintam, se desprezem, se repilam, se lhes negue observância), por todos os juizes, os rescritos obtidos contra direito, salvo se (só) ocorre algo que não prejudique a terceiro e aproveite ao peticionário ou outorgue aos suplicantes indult8 de crime.

Na L. 6, C., *si contra izts utilitatemve publicam veZ per mendacium fuerit aliquid postulatum veZ impetratum,* 1, 22 (Anastido, 477), preveniu o imperador a todos os juizes de qualquer ordem, superior ou inferior, de toda a República, que não tolerassem, na discussão de qualquer litígio, a produção de rescrito, ou sanção, pragmática, ou anotação sacra *(sacra aditotatio),* que se veja serem contrários a direito geral ou à utilidade pública, mas não duvidem de que, de qualquer modo, são de observar-se todas as sacras constituições gerais. Aos nossos olhos de hoje logo ressalta que se cogitava da apreciação da *existéncia* legal dos rescritos, das sanções pragmáticas e das *sacrae adnotationes,* e não das constituições: verificação da legalidade dos atos administrativos, e não das leis prôpriamente ditas. Rigorosamente, não era no sistema jurídico romano de julgamento de validade, que se tratava; mas de julgamento de existência: não se desconstitula o rescrito, ou a sanção pragmática, ou .a sacra anotação, refusava-se, repelia-se, não se admitia como elemento de discussão.

As duas constituições muito serviram à pesquisa exegética dos glosadores. A de Teodósio foi estudada por JACÓ

DE RA‟VANIS que, de inicio, afastou a opinião de *antiquiores doctores* que entendiam apanhar o texto teodosiano os próprios rescritos já insertos no corpo do direito (= tornados leis). Tanto êle quanto PLACENTINO

exigiam que existisse o elemento supletivo de ter sido impetrado *per mendacium.* Já IRNERIO havia distinguido o rescrito *contra jus,* que não valia (já então a sanção era a invalidade, e não a inexistência, devido àmudança medieval do conceito) e o privilégio que excetuava a lei: “rescripta stricto nomine sumpto rescripti contra bis elici.ta non valent, nisi sint talia que non ledant alium et prosint petenti”; “privilegium valet quantumcumque iuri contranum”. Mas foi posta de lado a distinção por GIoVANNI BASSIANo e Azia, que outros seguiram. Foi BktTow DE SAxonRRA‟ro quem procedeu à separação mais relevante e, ai, de tOda a procedência: atos do príncipe como

legislador e atos administrativos, ou judiciais (**"...** princeps alicui aliquid concedit quando-que lia commune condendo, quandoque iurisdictionem exercendo, quandoque concedit rescriptum, quod est ad iuris communis observantiam, quandoque concedit beneficium, ut si coa cedit domino castrum vel feudum, quandoque concedit privilegium contra ius commune. Ista sunt separata, et iura istis vocabulis abutuntur. Et glossa hic posita... promisque tractat de rescriptis, quandoque de privilegiis, quandoque de lege".

Se não havia lesão a alguém, o rescrito era legal, ainda que *contra jus.* Ai, o *itts* era *dia ponens,* e não *iiis dia positum,* distinção que está em PAULO DE CAS"rao *(iiis dia ponens,* direito disponente; *ius dis$ositum,* direito disposto).

Direito divino dizia-se o direito que se considerava imutável, acima das leis. A regra jurídica contra êle seria simples proposição (cf. Azia, *Surama Codicis,* ao Titulo *de precibus imperatoria olferendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non:* "superioris legem toilere non potest"; CONSTANTINO ROGÉRIO, *Tractatus de legis potentia,* parte 3, c. 1, n. 3).

Em relação à lei superior, a regra jurídica de grau inferior pode ser declarativa (= só a reproduz, como se a lei ordinária repete regra jurídica inserta na Constituição, ou lhe dá a interpretação *acertada),* ou para a execução ou aplicação dela *(ius provisivum,* regulamenta), ou destrutiva *(jus destructivum),* portanto infringente. HENRIQUE

DE SImA, cardeal ostiense (= o OSTIENSE), conhecia a distinção e explorou-a no seu tempo. Deve tê-lo lido BARTOLOMEU DE BRESCIA *(Brocarda Damasi,* 1, n. 19). Tudo isso JACÓ DE RAVANIS, GIovANNI D"ANDREA e outros estenderam ao príncipe.

A atitude jurídica, que se assumira em relação ao direito divino, assumiu-se em relação ao direito material, levantada a questão da derrogabilidade ou inderrogabilidade do direito natural *(ius naturale).* O Papa entendia que não o podia der-rogar, mas podia suspendê-lo. É isso o que está na glosa às Decretais. Quanto ao príncipe, JACÔ

DE RAvANIS admitia que se podia negar eficácia ("effectus iuris naturalis potest toIli omnino") ; e Inocêncio IV, embora reconhecesse que "naturalia iura sunt perpetua", admitia que justa causa pudesse permitir a derrogação.

Assim, BARTOIÀOMEU DE SALícrro, NICOLAU DE TEDESCEI e outros.

Em relação ao *ius civile,* o problema era obscurecido por ser um só, então, a fonte da lei, o príncipe. O governante podia infringir o *iiis civile* ao exercer a jurisdição *(jurisdictionem exercendo),* ou ao lançar rescrito ou conceder privilégio *(alicui concedendo);* mas a questão turvava-se ainda mais se legislava *(ins cornmune condendo)*.

Hoje, tem-se de perguntar se o Poder Legislativo pode intervir na economia sem respeitar o art. 146, 2.8 parte, da Constituição de 1946, e se as medidas do art. 145 e 146 podem ser tomadas sem lei *cum justa causa.*

Cedo se distinguiram o *toilere ius civile* e o *toliere ius quaesitum de iure civili,* que é o de retirar a regra de direito (positivo) onde causaria dano a alguém, o rescrito *contra ius diaponens* e o rescrito *contra ias dispositum.* É de lembrar-se que Actasío punha o problema em termos sensíveis: o rescrito podia adiar, diferir, dilatar no tempo, a *actio,* não aboli-la.

3. INTERVENÇÃO E MONOPOLIZAÇÂO. No art. 146, 1.ª parte, da Constituição de 1946, há duas proposições distintas, com abrangência diferente: (a) a União pode, mediante lei especial, intervir no dominio econômico; *(b)* a União pode, mediante lei especial, monopolizar determinada indústria ou atividade. Ambas as proposições se subordinam à satisfação de dois pressupostos, sem os quais a intervenção no dominio econômico, ou a monopolização estatal, é, na espécie ou *in casu, contrária* à Constituição: 1) o ter por base a intervenção ou a monopolização o *interesse público:* 2) o terem-se respeitado, com a concepção da regra jurídica ou da medida interventiva, ou de monopolização, e com a aplicação daquela ou a execução dessa, os princípios constitucionais, no que se referem aos *direitos fundamentais* assegurados na Constituição. A exigência da lei especial é exigência que se refere à elaboração, o Estado não pode intervir se o não faz em lei especial. A regra jurídica de intervenção ou de monopolização que não seja em lei especial (= esteja inserta noutra lei) é contrária à Constituição e, po is, nula. Satisfeito o requisitá da especialidade da lei, verifica-se, em cada espécie, ou em cada caso, se a regra jurídica, ou a medida, foi ditada pelo interesse público, bem como se não ofende a algum direito fundamental assegurado na Constituição, *e.* g., algum direito de personalidade ou o direito de propriedade.

O art. 146 de modo nenhum é exceção ao art. 141, § 16, l.ª parte, da Constituição de 1946, onde se diz que o direito de propriedade é garantido, salvo o caso de desapropriação por necessidade pública, ou

utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. A indenização por desapropriação tem de ser justa, e não só prévia. Tem de ser prévia e justa.

4. EXEMPLIFICAÇÃO. A intervenção mais vulgar é a de fixação de preços, que consiste em determinar o Estado o preço de cada mercadoria que seja, por lei, suscetível de ter preço estatalmente fixado. Outra, menos frequente, é a do chamado *contrôle do abastecimento,* que consiste em regulação e distribuição de bens apontados pela lei *(e.*

g., vedação de depósito de mercadorias acima de certa quantidade sem as dar à venda, prioridade para transporte, prioridade para armazenagem, prioridade para beneficiamento).

Sempre que a intervenção é de ordem expropriativa (o bem passa do dominio de alguém para o do Estado ou de outrem), tem-se de respeitar o art. 141, § 16, 1.~ parte, da Constituição de 1946.

5. VERIFICAÇÃO JUDICIAL. A justiça pode verificar se a regra jurídica ou a medida interventiva *(a)* foi em lei especial, se *(b)* tem base em interesse público, que o exija ou sugira, e se *(c)* não ofende a qualquer direito fundamental assegurado na Constituição de 1946. Se se responde que não foi em lei especial, ou que não existia, ou já não existe o interesse público, a que se refere, explicitamente, o art. 146, ou que se ofende algum dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, nula, por inconstitucionalidade, é a lei, ou inconstitucional a medida.

Também se pode dar que a lei tenha sido lei especial, baseada no interesse público a regra jurídica, ou a medida interventiva, ou inofensiva dos direitos fundamentais, mas, na *regulamentação* surgir a ofensa aos direitos fundamentais, ou haver exorbitância do que se estatuíu, ou se ter insinuado interesse privado, de que era limpa a regra legal ou a medida interventiva concebida pela lei; ou somente ocorrer uma das espécies, na *execução* mesma da medida interventiva. Temos, assim: *a)* a regra jurídica ou a medida interventiva, compatível com a Constituição; *b)* a regra jurídica ou a medida interventiva, inserta em lei especial, mas sem base em interesse público; e) a regra jurídica ou a medida interventiva, inserta em lei especial com base em interesse público, mas ofensiva de direito fundamental; *d)* a regra jurídica ou a medida interventiva não inserta em lei especial, se bem que baseada em interesse público e não-ofensiva de direito

fundamental; *e)* a regra jurídica ou a medida interventiva não inserta em lei especial, nem baseada em interesse público e ofénsiva de direito fundamental.

6. PODER EXECUTiVO E INTERVENÇÃO **NO DOMINIO ECONÔMICO.** No art. 84, 1, da Constituição de 1946, estatui-se que compete, *privativamente,* ao Presidente da República, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execuçõos Quem regulamenta é o Presidente da República, e não qualquer outro órgão abaixo dele. Presidente da República não faz portarias. Nem portarias regulamentam. Não há regulamentação em portaria. Presidente da República não é porteiro, nem se dirige a porteiros. O que está no regulamento, e não está na lei, implicando qualquer incursão do Estado na esfera jurídica de alguém, é ilegal:

quem regulamenta não legisla, provê para a execução da lei. Abaixo do regulamento, que tem de ser em decreto do Poder Executivo, há o aviso, a portaria, a ordem.

O princípio de rigidez constitucional é de origem norte-americana. O principio de legalidade dos atos do poder público, não. Ésse é intrínseco ã história jurídica luso-brasileira. Leis e decretos legislativos são os atos que podem limitar liberdades e direitos fundamentais limitáveis. Os atos que não foram elaborados pelo Poder Legislativo não podem chegar até ai. Os regulamentos são regras que somente podem adaptar ao texto legal a atividade humana, e não à atividade humana o texto legal. Não podem alterar a lei, nem criar regra jurídica,

podem revelar regra jurídica que está, implícita, no sistema jurídico, o que todo intérprete pode fazer. Os avisos são dirigidos a funcionários públicos, e não podem, de modo nenhum, prejudicar terceiros, ou alterar a legislação.

As portarias são concernentes a determinada obra, ou serviço, e de modo nenhum criam regra jurídica, ou alteram a legislação.

Portaria era a carta patente não assinada nem selada pelo Chanceler. As Ordenações Manuelinas, Livro II, Título 19, ao perceberem os dirigentes, àquele tempo, os males que advinham de órgãos subalternos do Estado estarem a edictar regras juridicas e determinar medidas governamentais, foram incisivas:

“Por Tirarmos alguús inconvenientes que se poderiam seguir de se

comprirem as Portarias dadas da Nossa parte por algifas pessoas, Ordenamos, e Mandamos que nenhunl Official de Nossa Justiça, nem da Fazenda, e outros qusesquer nom façam por Portaria, que de Nossa parte lhes seja dada, cousa algfia, posto que Nossos Officiais sejam, ou pessoas a Nós aceitas, os que as taes Portarias derem; e quem o contrairo o fezer averá aquella pena, que por Dereito mereceria, se **à** tal cousa fezera de seu moto proprio, sem lhe seer mandado por Nós verbalmente, ou por nosso Alvará". O texto passou às Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 41, com pequenas alterações de forma:

"Por tirarmos alguns inconvenientes, que se poderiam seguir de se cumprirem as Portarias dadas da nossa parte, mandamos que oficial algum de nossa Justiça ou Fazenda, ou outros quaisquer não façam obra alguma por Portaria, que de nossa parte lhes seja dada, pôsto que as Portarias sejam de nossos Oficiais, ou de pessoas a Nós aceitas. E quem o contrário fizer, haverá a pena, que por Direito mereceria, se a tal cousa fizera de seu moto próprio, sem lhe ser mandado por Nós verbalmente, ou por nosso Alvará passado pela Chancelaria".

O

Alvará de 25 de setembro de 1601 insistiu no assunto, profligando a obediência às portarias; e pelo Alvará de 13 de dezembro de 1604, o rei foi incisivo: "...daqui em diante se não possa fazer, nem faça obra alguma por nenhumas Portarias, nem Cartas dos ditos Secretários, ou de quaisquer outros Ministros meus, ou pessoas, de qualquer qualidade que sejam, ainda que nelas declarem que se dêem à execução sem embargo da dita Ordenação, e que somente se façam pelas ditas Portarias e Cartas as provisões necessárias pelas quais se fará obra, e não pelas ditas Portarias, e Cartas, como dito é; e tudo o que por elas se fizer contra a dita Ordenação, e Oste meu Alvará, será nulo, e de nenhum efeito, nem vigor: e qualquer oficial, que cumprir, ou fizer obra pelas tais Portarias, ou Cartas, será privado para sempre do Oficio, que tivera: e assim me praz que sôbre as Portarias, e Cartas, passadas antes déste meu Alvará, às partes, a que tocam os casos delas, possam requerer seu direito, sem embargo de haver nas ditas Portarias, e Cartas cláusula que por elas se fizesse obra" (Integra do Alvará, em **FELICIANO DA CUNHA FRANÇA,,** *Ádditiones aureae que Illustra-~ tzones* 9s., e em **MANUEL**

ALvAItE5 PÉGAS, *Commentarui ad Ordirtationes,* 14, 284).

As portarias somente podem dizer quais os atos que se hão de praticar para se executar a lei, tal come ela foi concebida, e observar o

regulamento, tal como êle explicitou a lei, adaptando a atividade humana ao texto. Portaria não 6 lei, nem regulamento: por portaria, não se legisla, nem se tegulamenta; por portaria somente se dá irdem ao guarda-portão, aos porteiros, ou pessoas que lhes fazem, historicamente, as vêzes (Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 96, e Livro 1, Titulo 19, § 3).

Pensar-se que a Justiça pode atribuir à portaria o que só a lei é dado edictar é pensar-se que os juizes se possam esquecer de textos claríssimos da Constituição de 1946: "Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 141, § 29) ; "A União poderá, mediante lei especial, intervir no dominio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade" (art. 146, 1~ parte).

§ 1 631. Intervenção distribucional

1. INTERVENÇÃO ESTATAL E DISTRIBUIÇÃO. No art. 145,

a Constituição de 1946 disse que "a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a realização do trabalho humano".

Na concepção, regulamentação e aplicação das regras juridicas sôbre intervenção no dominio econômico, tem de ser respeitado o principio de isonomia ou igualdade perante a lei (Constituição de 1946, art. 141, § 1.0) não pode ser restringida a produção de A, e não a de B, nem, a *fortiori,* tirar-se de A para se vender a B, ou a B, O e II.

2. " Distribuir é atribuir, distintamente. Distribui-se para a produção o que se tem, ou se obtém, e pode servir à produção pelos diferentes produtores. Distribui-se para consumo, dando-se a consumo. Para a obtenção compulsória e a distribuição supõe-se ser necessário empregar-se em certa produção o que, sem ser compulsôriamente obtido e distribuido não seria empregado em produzir o que se há de mister como produto. Só assim se revelaria o interesse público em que se pudesse basear a intervenção no dominio econômico, conforme o exige, explicitamente, o art. 146 da Constituição de 1946. Se A, que tem em seus depósitos z, ou pode ter de subproduto não é culpado de se não produzir e, ao invés disso, o produz ou procura produzir, não pode o Estado tirar a A qualquer percentagem de r para que do A, ou principiantes, ou favoritos do governo, ou de alguns dirigentes, possam produzir o que com o retirado ou outra percentagem A produziria. Tal prática, generalizando -

se, seria a negação mesma da civilização ocidental, em seus fundamentos; seria o que pode ser tão mau quanto o bolchevismo de esquerda, contra o qual o ocidente se arma, o bolchevismo de direita, a economia dirigida para o enriquecimento de grupos. O país acabaria por soçobrar, com a queda de toda a iniciativa particular e a implantação de oligarquia industrial e financeira improvisada nos gabinetes dos interventores da economia. Os negócios jurídicos, em pais livre, hão de ser por meio de acordos entre iguais em direito: se tais negócios de barganha se baseiam no *mando* e na *obediência* entre indivíduos que são, juridicamente, superiores e inferiores, conduzem êles à filosofia social da ditadura, disse JOHN R. COMMONS, professor da Universidade de Wisconsim; se os negócios da barganha se baseiam na persuasão ou coerção entre os que legalmente são iguais, dependendo, econômicamente, da oportunidade, da concorrência e do poder de barganha, conduzem êles a filosofia social da liberdade.

Quando, fundado no art. 146 da Constituição de 1946 e em lei especial, o Estado intervém, tem de alegar e mostrar o interesse público em intervir e não pode ofender direitos fundamentais. Se alguém *retêm* matérias-primas, ou gêneros ou, em geral, mercadorias, a ponto de faltar para o consumo do povo o que se produziria com essa matéria-prima, ou faltam essas mercadorias, pode o Estado ir contra o açambarcador, o especulador, o altista, e invocar as leis penais e administrativas.

Na L. 1, § 6, D., *furti adversus nautas caupones stabula,* 47, 5, diz-se, tirado de ULPIÁNO, que o estalajadeiro não responde pelo fato dos passageiros, porque não os escolhe, nem pode recusar os que se apresentam, mas responde pelos que habitam perpêtuamente; e tINO DA PISTOlA viu nisso sinal da venda coativa, porque o não poder recusar é ser obrigado a prestar. Érro evidente, porque o estalajadeiro, como o nauta, tem de receber por ter adotado o contrato de adesão.

Nenw cogitur vi vendat invitus! O problema da distribuição, no interesse público, tem de ser resolvido de tal jeito que não fique arbítrio ao Poder Executivo, ou se lhe dê escolha dentro de limites que a lei pôs, de modo que a venda forçada o seja por lei, e não por homens. *Non aUenantur per hominem, and per legem,* punha Aflo em seus brocardos *(Áurea Brocardica,* r. 32, n. 27). O *favor libertatis* induzIu o legislador justinianeu a obrigar à venda, por necessidade (venda coativa 011 necessária) se um dos condôminos entendia manumitir o escravo comum *(L.* 1, O., *de servo comflzuni manumisso,* 7, 7). Não se tratava de venda forçada a líbito do Estado, havia o problema técnico da manumissão, discordando os condôminos, tal como qualquer divergência quanto à alienação ou outro ato jurídico (cp. arts. 635 e §

1.0, e 632). Também se invocava a L. 2, 13., *de hÁs qui sui vel alieM juris sunt,* 1, 6, onde havia de ser vendido o escravo que o dono maltratasse; e também aqui o dever, que nascia, de vender não era a constrição à venda a alguém. Não se poderia ver em qualquer dêsses textos a permissão da intromissão estatal. A lei é que cria tal dever, e não o Estado, e cria-o por favor à liberdade, direito que todos temos, hoje, por fundamental, e de sua infração resultam sanções de dever de alienar como poderia resultar sanção de perder a propriedade, ou a de invalidade dos atos jurídicos infringentes. Na L. 14, § 1, D., *quemadmodum servitutes amittuntur,* 8, 6, refere-se a espécie que hoje se regula, com toda g generalidade, no art. 559, o dever de passagem forçada se ficava sem caminho o vizinho (Cum via publica vel fluminis impetu vel ruma amissa est, vicinus proximus viam praestare debet). Outrora, servidão; nos nossos dias, nos códigos de melhor técnica, direito e dever de vizinhança (de modo nenhum se pode apontar na L. 14, § 1, que foi tirada a JAvOLENO, caso de desapropriação, como queria P. F. GIRÂRD, *Manuel,* 5~a ed., 257, nem se há de afirmar que só se tratasse de passagem transi~ria, sem servidão, como sugeriu, B. BIONDI, *La categoria romana deite "servitutes",* 583 e 258). Não havia ressarcimento, frisavam Acúusio e JÂCÕ DE RAVANIS, aquele, pensando em servidão pública, fisse, em cessão necessária. Já nos referimos, no Tomo XIII, à L. 12, D., *de religiosis et sumptibus funerum et* tU

funus ducere liceat, 11, 7; e também a êsse respeito o que se tem é limitação legal ao conteúdo do direito de propriedade, e não ato estatal imissivo, que desaproprie. Quando os juristas medievais o apontavam eram vítimas do sistema jurídico que os cercava e em que viviam: punham sob os textos romanos proposições que correspondiam a outra estrutura.

Não pode o Estado comprar, compulsôriamente, à fazenda A parte do gado que ela tem, para vender à fazenda B, nem comprar percentagem do estoque da fábrica de cimento, para distribuir a outras fábricas de cimento, nem comprar matérias-primas que a fábrica A tem, para distribuir por outras fábricas que irão produzir o que a fábrica dona das matérias-primas poderia produzir. Não há interesse público em se tirar de um, que planejou a sua indústria, que inverteu capitais ou capitais e lucros em seção especial, ou simplesmente em maior produtividade, para prover de matérias-primas concorrentes, ou principiantes, ou tentativas ocasionais e inseguras, ou favorecidos dos partidos ou grupos dirigentes. O que é matéria-prima que vai toda ser aproveitada na produção de gênero, ou objeto de consumo do povo ou de necessidade para a atividade agropastoril ou industrial do país, não pode ser alcançado pelos atos interventivos previstos pela lei especial.

Toda intervenção estatal ~a economia tem de ser dentro dos princípios dos arte. 141, §§ 1.0, 2.0, 49 e 16, 145-148

da Constituição de 1946. Não pode sem indenizar tirar propriedade, nem, a pretexto de melhor distribuição dos bens da vida, fixar preços arbitràriamente, com infração daquelas regras jurídicas constitucionais.

CAPITULO X

PERECIMENTO

§ **1.632.** Causa de perecer

1.NASCER E PERECER. Os direitos nascem e perecem. Perecer £ desaparecer, ir-se de todo (de *pereo),* perder-se. A perda dos direitos sôbre bens imóveis reflete, profundamente, a concepção da vida de cada era da história jurídica. Para povos que tOm a riqueza imobiliária ligada à estirpe de cada um, como direito que é pele da pessoa que é dele titular, e a propriedade é perpétua e imutável, em sua substância de direito patrimonial. Muitas vOzes de tal perpetuidade se serve a política dos grupos sociais para se assegurar a indeformabilidade da estrutura social, a simetria de planos da economia, ou a posição das famílias e das castas.

No Código Civil, o art. 589 corresponde à mentalidade de outra inspiração, à longa contemplação histórica que está à base das convicções dos juristas após os dois e meio mil anos da *experiência ocidental* de prover, com o individualismo, à distribuição dos bens da vida. “Além das causas de extinção consideradas neste Código”, diz o art. 589, “também se perde a propriedade imóvel: IV. Pela perecimento do Imóvel”.

2.TERRENOS E PERECIMENTO. Os prédios somente perecem quando todo o terreno desaparece. Os terrenos desaparecem: a) pela invasão das águas, definitivamente, se nenhum pedaço de terra resta, que possa ser a linha de que se tomem as dimensões para dentro das águas; b) pela perda total da extensão cansada pela avulsão, adquirindo outrem a terra volta.

,,, a

§ 1.633. Natureza do fato do perecimento

1. FATO JURIDICO “STRICTO SENSU” O perecimento é a única causa puramente objetiva de desaparição do direito de propriedade, é comum aos bens imóveis e aos móveis; mas os efeitos que o fato jurídico da perda produzem são os mesmos que os que produziriam qualquer outro modo de perda. A alienação passa-se no mundo jurídico, por ato jurídico negocial; idem, a renúncia; o abandono mesmo contém elemento subjetivo, se bem que seja ato-fato jurídico (Tomos II, § 159, *in fine,* no quadro dos fatos jurídicos em geral, X, § 1.064; 10, 1.071, 1, 1.098, 2, 1.101, 1.106, 3, e XII, §§ 1.300, 8, 1.801, 8, 1.410, 4), conforme antes ficou exposto (§§ 1.605 e 1.606).

A desapropriação supõe ato estatal, que é declaração de vontade, com os pressupostos constitucionais e legais, mais a sentença do juiz, trAnsita em julgado e registada. Diga-se o mesmo quanto às requisições. A aquisição por outrem somente importa e tinha de importar em perda da propriedade porque o mesmo direito não pode ter dois titulares exclusivos: os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, que não permitem ser-e-não-ser (princípio do terceiro excluido). A extracomercialização deriva de ato jurídico, que é a lei, e têm de ser respeitados os princípios que regem a desapropriação: para que Estado dê destinação pública, ou extracomercialize algum bem é preciso que antes o desaproprie, para que não se ofenda a regra jurídica da Constituição de 1946, art. 141, § 16.

2. CONTEÚDO DO ART. 589, IV, DO CÓDIGO CIVIL. O suporte fáctico do art. 589, IV, do Código Civil é todo composto de elementos puramente fácticos. É no mundo físico s *tricto sem* que se dá o perecimento, ainda que o ato causador do perecimento seja humano (e. g., a explosões de dinamite fêz-se desaparecer o terreno). Tal como acontece com a morte humana, ou com a morte dos animais. Se A morre de morte natural, ou por ato criminoso de B, é indiferente, se apreciamos a morte em si-mesma, como fato jurídico *stricto seneu.* O ato de B é que tem a sua classificação como ato jurídico ilícito no direito público, especialmente penal, e no direito privado. A morte, como fato jurídico a que se refere o art. 1ª parte, é de conceito unitário: “A existência da pessoa natural termina com a morte”, tenha

sido a causa estranha a qualquer ato humano, quer direta quer indiretamente tenha resultado de ato humano culposo ou não-culposo. Assim, também, o perecimento dos bens móveis e imóveis.

§ 1.684. Perecimento parcial

1. DIMINUIÇÁO. Só se perde o direito de propriedade por perecimento do objeto se todo o imóvel desaparece.

Se algo resta, que possa ser objeto de propriedade, o direito persistiu. A diminuição, que é perecimento parcial, atinge o terreno ou outra parte integrante, sem que o objeto de direito se extinga. Tudo se passa à semelhança dos animais, objeto de direito: o dono do cavalo sem perna continua de ser dono do cavalo; como o dono do pássaro que perdeu a asa~ ou do cão a que se cortaram as orelhas. Para os platônicos, há a idéia; e, enquanto essa persiste, não se extingue o direito.

2. PERECIMENTO PARCIAL E PERDA PARCIAL DO DIREITO.

O perecimento parcial parece-se, porém não se identifica com a perda parcial por outra causa, como a usucapião de parte do terreno: o dono somente perde parte do objeto, porque outrem a usucapiu. A perda parcial do direito, ainda que se some a outras perdas parciais, não perfaz o perecimento, que é no mundo dos fatos e somente nêle e com elementos fácticos se compõe o suporte fáctico do art. 589, IV, do Código Civil. A soma de perecimentos parciais que exclua o bem imóvel é que determina o perecimento do bem imóvel, como fato jurídico *stricto sensu* que o art. 589, IV, enumera. Todavia, se alguma causa de extinção do direito de propriedade foi diminuindo o bem imóvel *(e.* g., alienação de parte, renúncia a parte do imovel, desapropriação, requisição expropriativa ou extracomercialização de parte do imóvel), o perecimento, que antes seria parcial, é total quanto ao que ficou da divisão. Se o proprietário mesmo divide juridicamente o bem imóvel, é a cada nôvo terreno que se há de referir o fato jurídico *stricto sensu* do perecimento.

Há explicação que se impõe, por sua alta importância na própria teoria geral do direito: o perecimento do imóvel é ato-fato *strictu sensu;* passa-se rente ao mundo fíctico, sem qualquer ligação à causa do perecimento do imóvel. Se o perecimento *provejo* de ato-fato jurídico, ou de ato jurídico lícito, inclusive negócio jurídico, ou se

proveio de ato jurídico ilícito, isso é anterior ao fato jurídico do perecimento, que é fato jurídico s *tricto sensu,* embora possa estar ligado fácticamente a algum ato humano, lícito ou ilícito.

O símile mais eloquente tem-se na morte do homem. A morte, em si, é fato jurídico *stricto sensu,* como o nascimento e o atingir-se a idade de vinte e um anos. Não importa se a morte foi natural, como se diz (= não-provocada), ou se foi resultante de algum crime, ou de algum ato humano sem culpa.

CAPITULO XI

PERDIMENTO PENAL DE BENS

§ 1.635. SeqUestro e perdimento

1.CONSTITUIÇÃO DE 1946, ART. 141, § 31, 3Y PARTE. Diz o art. 141, § 31, 13, □

2 a e 33 partes, da

Constituição de 1946: "Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco, nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

A lei disporá sôbre o seqUestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou por abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica". Em virtude do art. 141, §§ 4º e 16, e 23 partes, há de entender-se que o perdimento é por ato judicial, embora a legislatura possa conceber a sentença como declaratória ou como constitutiva *ex tuno,* ou como executiva, com forte dose de declarativídade ou constitutividade. *Á priori,* a solução é a sentença executiva, tendo havido, antes, a condenação em juízo penal, segundo as regras jurídicas da Constituição de 1946, concernentes **à** competência funcional, ou juízo cível *(lato sensu),* obedecidas, se é o caso, o que a respeito de competência funcional estabelece a Constituição de 1946.

A legislação que se prevê no art. 141, § 31, 33 parte, da Constituição

de 1946, é de direito público: a sentença é que tem a eficácia, provàvelmente de confisco judicial, com a perda da propriedade por parte do proprietário punido. De direito público também é a legislação na parte referente ao seqUestro, medida cautelar, com que se colima assegurar a eficácia da futura sentença sôbre o perdimento. Isso não quer dizer que não possa a lei especial prever a fraude à execução, ou não possam os juizes, na falta de *lez speczalts,* invocar a legislação comum, se não foram sequestrados os bens.

2. PERDIMENTO E CONFISCAÇÃO. ~ preciso que se distingam o perdimento e a confiscação. Quem perde pode perder sem que outrem adquira. Quando se confisca, o Fisco adquire e, pois, alguém perde. Se a condenação ao perdimento foi porque a pessoa sujeita à incidência da lei prevista no art. 141, *§* 31, g□a parte, da Constituição de 1946, fizera alguém prometer-lhe quantia, ou prometer-lhe a transferência de algum direito, não há confisco, e há perdimento. O condenado perde; salvo lei especial que preveja o destino da promessa em que o promitente também é punido, o Estado nada adquire.

Na L. 14, D., *de publicanis et vectigalibus et commissis,* 39, 4, disse ULPIANO *(libra octavo disputationum)*

“Commissa“ vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit eius esse qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali adquiritur: ea propter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit”. Os comissos a titulo de tributos comissos vectigais transmitem-se, também, aos herdeiros. Porque o bem que foi comisso deixou de ser do que cometeu o crime e seu dominio adquire-se para o patrimonio público: assim, a persecução do comisso também compete contra o herdeiro, como contra qualquer possuidor. A proposição “Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur” deve-se entender como se dissesse: a pena de comisso apanha o herdeiro, pois é pena de perda ao tempo do crime.

A decisão ou seria declarativa, ou constitutiva *ex tuno,* baseada na fôrça declaratória do julgamento, ou, mais provàvelmente, na eficácia declaratória contida na decisão de condenação.

Eis o que no plano do direito constitucional, escrevemos nos *Comentários à Constituição de 1946* (IV, 23 ed., 419

s. e 421 s.) : “A Constituição de 1891 não proibiu a pena de confisco. A de 1934 entendeu ir até aí. Repugnou-lhe que se confiscassem bens;

não lhe repugnou que se pusessem os condenados em galés. “Fiquem os anéis, ainda que os dedos se vão”, em vez de “Vão-se os anéis e fiquem os dedos”.

“t preciso que se defina o que se entende por pena de confisco. Cumpre, desde logo, distinguirem-se o confisco, a penade confisco dos bens do delinquente, e o cair em comisso, a queda em comisso, de determinado bem, particularmelite daqueles que foram o meio para a prática do delito. Não basta tratar-se da privação, mais ou menos grave, de algum valor, para que se tenha, necessàriamente, a figura do confisco. Muitas vêzes, em vez de pena, o de que se cogita é de eficácia da condenação. O que a Constituição proibe é a pena de confisco prôpriamente dita, e não a perda dos meios que serviram para delinqúir, do produto do delito, ou de coisas que constituem ameaça de dano.

“Tanto o direito romano quanto o direito germânico tinham o confisco. As Ordenações Filipinas inseriam tal pena.

Teve-a o direito brasileiro do Império, nos crimes de lesa-majestade. A Constituição de 1891 não cogitou do assunto. A Constituição de 1934 julgou indispensável vedá-la. Não a admitiu em qualquer delito ou circunstância (estado de guerra, estado de comoção intestina grave, estado de sítio). Isso não queria dizer que, na legislação penal, civil e financeira, não se pudesse punir com a perda da coisa, instrumento, meio ou objeto do delito *(e.* g., nos delitos quanto à saída de ouro, a perda dele), nem que as grandes penas pecuniárias, ou multas, não pudessem ser proporcionais, ainda que absorvessem o patrimonio do delinquente, ou o ultrapassassem. A Constituição de 1937 riscou a proibição constitucional. Dura experiência tem mostrado que há homens mais sensíveis à perda dos bens do que à da liberdade física, ou à da própria vida. Por outro lado, a evasão das rendas públicas, as comunicações falsas, as múltiplas fraudes que se inventam para se furtarem os individuos à paga dos tributos, vieram sugerir aos legisladores dos Estados contemporâneos as grandes multas e até o confisco. A Constituição de 1937 dera aos governantes arma eficacíssima; dela não usar , e nunca estêve tão baixa, no Brasil, a moralidade administrativa do que entre 1987 em diante. Isso prova que, sem a democracia e a atuação do povo na fiscalização dos dinheiros públicos, são inúteis os textos.

“A Constituição de 1946 proibe o confisco, porém não no confunde com o perdimento dos bens nos casos de enriqueciinento injustificado: a) por influência de cargo, ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica (tráfico de influência); b) por abuso de cargo, ou

função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica (abuso de poder).

"A □

2 a parte do § 31 é arma excelente contra o maior mal dos países sem longa educação da responsabilidade administrativa. O fim do século XIX interrompeu a nascente tradição da honestidade dos homens públicos. A ascensão dos homens públicos, que não produzem, teve a consequência de acirrar o apetite dos desonestos e dos aventureiros. Sem lei que os obrigue e a todos os funcionários públicos e empregados de entidades autárquicas a inventariar todos os anos o que têm, e o que têm os seus parentes sucessiveis, e à publicação dos seus haveres e rendas, anualmente, e sem a *actio popularis* nos casos do § 31, 2.ª parte, com percentagem de prêmio ao denunciante e julgamento pelo júri, é difícil fazer o pais voltar àquela nascente tradição. Por outro lado, o simples fato das fortunas fáceis, que de regra se fazem à custa da intervenção na economia e no câmbio, abre a porta dos mais altos cargos, inclusive de diplomacia, a êsses individuos de mínimo ético, propicio aos negócios mais ou menos escusos e fraudulentos.

O art. 141, § 30, da Constituição de 1946, que estabelece não passar da pessoa do delinquente nenhuma pena, não é obstáculo a que se tomem os bens aos herdeiros ou sucessores que os houveram dele, após o crime, ou em virtude do crime, porque a pena incide *ao tempo do crime,* se bem que posterior a aplicação da lei: "commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit.

Na L. 3, § 8, D., *de bonis eorum, qui ante sententuim vel mortem s114 conscjverunt veZ accuhatorem corruperunt,* 48, 21, **MARCIANO** (tirado do livro *De delatoribus)* diz que, se alguém se procurou a morte sem ter havido justa causa *(nuila justa causa. pra.ecedente),* sendo réu, os herdeiros podem tomar a defesa e não hão de ser confiscados os bens, salvo se se houver provado o delito: "De ilIo videamus, si quis conscita morte nuíla iusta causa praecedente in reatu decesserit, an, si parati fuerint heredes causam suscipere et innocentem defunctum ostendere, audiendi sint nec prius bona in fiscum cogenda sint, quam si de crimine fuerit probatum: an vero omnimodo publicanda sunt. sed divus Pius Modesto Taurino rescripsit, si parati sintheredes defensiones suscipere, non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum". Vejamos no que toca a quem, havendo procurado a morte, sem que precedesse justa causa, faleceu como réu, se, estando os herdeiros prontos a tomar a si a causa e a demonstrar que era inocente

o defunto, hão de ser ouvidos e não têm os bens de ser atribuidos cogentemente ao fisco *(in jiscum cogenda),* antes de se haver feito a prova do crime, ou (se) hão de ser de qualquer modo tornados públicos.

Mas o divino Pio Modesto Taurino rescreveu que, se os herdeiros estiverem dispostos a tomar a si as defensas, não se hão de publicar (= publicizar) os bens, salvo se provado o crime.

3. COMPETÊNCIA DE APLICAÇÃO DA LEI E PRESSUPOSTOS DO ENRIQUECIMENTO. Com a separação dos poderes, compreende-se que a aplicação da perda de perdimento dos bens, nas espécies outrora admitidas e nas espécies que o art. 141, § 31, 3.~ parte, aponta tenha ficado ao Poder Judicial (O. KÕBNER, *fie Massregel der Einziehung,* 59 s.). Tem-se, primeiro, de declarar que (a) houve enriquecimento ilícito, (b) que a ilicitude proveio de a) tráfico, ou *b)* emprêgo de influência, ou e) de abuso do cargo ou função pública, ou (o) de.

a) tráfico, ou *b)* emprêgo de influência, ou e) abuso de emprêgo (= cargo ou função), em entidade autárquica, compreendidas, aqui, as entidades de economia mista. Não se apura se hóuve enriquecimento injustificado ou não, apura-se se houve enriquecimento (com causa ou sem causa), para êle tendo sido necessário ou tendo sido um dos elementos determinantes qualquer ato ou omissão que se classifique como *(b), a),* ou *(b), lO,* ou (b), *e),* ou (e), a), ou (e), *b),* ou (e), *e.* Por exemplo: A enriqueceu-se por ser filho do Presidente da República, ou por ser Ministro da Fazenda, e saber de véspera quais os atos de intervenção na economia que seriam praticados, ou por ser advogado do grupo B ligado ao Ministro das Relações Exteriores, ou ao Presidente do Banco do Brasil, ou ao diretor de alguma carteira ou da Superintendência da Moeda e do Crédito.

O art. 141, § 3~, 3ª parte, da Constituição de 1946 não apanha somente os que exercem cargo público ou função, também apanha os que adquirem bens por influência de cargo ou função pública de outrem, quer estatal, quer paraestatal, quer em entidade de economia mista.

§ 1.636. Objeto do perdimento penal

1. PROPRIETÁRIO E PERDIMENTO. A regra é que só se pode punir com a pena de perdimento da propriedade o que é proprietário do bem. Todavia, a pena pode alcançar a pessoa em nome de quem foi

registada a propriedade imobiliária, 01! seja por ser cúmplice, ou seja por se haver invocado e art. 968, parágrafo único, do Código Civil, ou seja por se ter estabelecido, em fraude à lei, fidúcia ou figura que equivalha a isso.

2. DIREITOs REAIS IMOBILIÁRIOS. A pena de perdimento pode alcançar: a.) o titular do dominio; i» o titular da propriedade resolutiva ou o titular do direito expectativo à propriedade, inclusive o fideicomissário; e) o titular de qualquer direito real sôbre imóveis; *d)* o titular de qualquer direito expectativo que se refira a prestação de propriedade de bem imóvel ou outro direito real; *e)* os direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, que tenham valor patrimonial.

§ 1.637. Pós-destinação

1. ANÁLISE DO ***ART.*** 141, § 31, 3~a PARTE, DA CONSTITUIÇXO DE 1946. O art. 141, § 3º, 3ª parte, da Constituição de 1946, frisou a diferença entre o *perdimento de bens* e o que foi objeto da □

1 a parte do § 31, *verbis*

"confisco". *Confiscari bona dicuntur quae in fiscun coguntur* (L. 3, § 8, D., *de bonis eorum, qui ante sententiam veZ mortem sibi cortsciverunt veZ accusatorem corruperunt,* 48, 21).

O perdimento é que importa. A pós-destinação depende da lei e dos princípios gerais de direito. Se houve esbulho ou usurpação a alguma entidade pública que não é aquela cuja justiça está a aplicar a lei, a atribuição é à entidade que foi esbulhada ou sofreu a usurpação. Se quem sofreu o esbulho ou a usurpação foi particular, ou entidade paraestatal, dá-se o mesmo. Nada obsta a que, coincidindo só ser ofendida a entitdade que faz a lei, se determine a extracomercialização, a destinação ao uso comum, a atribuição a todos, ou a destinação a alguma obra, ou instituição, ou serviço.

O perdimento, em si, é efeito unilateral. A aquisição por outrem já decorre de outra regra jurídica, e não da em que se estabeleceu o perdimento.

O perdimento é sem prejuízo dos direitos de terceiros, salvo co-autoria ou cumplicidade.

2. PERDIMENTO E CONFISCO. O confisco, à diferença do perdimento, é bilateral: alguém perde e o fisco adquire. A aquisição é derivada, e não originária. É de discutir-se se, no perdimento em virtude do art. 141, § 31, 3~a parte, da Constituição de 1946, a aquisição é derivada, ou originária. Em verdade, se há atribuição à entidade de direito público, ou à pessoa física ou jurídica, particular, que sofreu o esbulho ou usurpação, cola-se ao efeito unilateral do perdimento o efeito da aquisição, podendo-se construir a aquisição como derivada, à semelhança do que se passa com a execução forçada, ou como originária, o que mais atende ao conceito jurídico do art. 141, § 31, g~5ª parte, da Constituição de 1946.

§ 1.638. Momento da perda

1. DIREITO ROMANO. Em direito romano, o momento da perda era aquele em que se dava o crime, se bem que a *publicatio* fôsse posterior (L. 3, § 8, D., *de bonis eorum, qui ante sententiam veZ mortem sibi consciverunt veZ viccusatorem corruyerunt,* 48, 21: "non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum"; L. 14, D., *de publica.nis et vectigalibus et commissis,* 39, 4: "quod commissum est, statim desinit ejus esse qul crimen contraxit doúiiniumque rei vectigali adquiritur").

2. DIREITO BRASILEIRO. No sistema jurídico brasileiro, dá-se o mesmo que em direito romano, a lei é aplicada no momento *b,* mas o perdimento ocorre ao tempo do crime (momento a), ressalvados os direitos de terceiros.

Após a propositura da ação, pode o Estado providenciar a fim de se proceder à inscrição da citação, tal como se se tratasse de alguma ação de direito privado (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, *a),* VII) e segundo os princípios que foram expostos no Tomo XI.

O perdimento do bem, no momento *b,* teria consequências muito diferentes. Sendo, como é, no momento a, temos, por exemplo: a) se o bem prometido a outrem ainda não passou à propriedade do outorgado é bem *perdido; b)* se o adquirente ao acusado obrou de má fé a regra jurídica constitucional incide, por se tratar de auxílio ao crime; o) os atos até a sentença são eficazes, mas, se houve sequestro, os atos relativos aos bens sequestrados são *ineficazes;* todavia, *d),* se não houve sequestro dos bens, os atos relativos a êles podem ser atacados por fraude contra credores, com invocação dos arts. 106-113.

CAPITULO XII

AÇÕES CONCERNENTES À PERDA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

§ 1.639. Pretensões declaratórias e pretensões constitutivas

1. PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA. Toda pretensão ou ação que tenha por fito julgar-se perdida por alguém a propriedade ou concerne ao que já ocorreu e é declaratória, ou ao que se pede que se dê e é constitutiva. Entre as duas espécies, mas declarativa, está a pretensão ou a ação em que se pede a decla! ação de que a perda se vai dar em certo dia ou quando algo acontecer. Já se falou da elipse que há em tal declaração, não se declara a relação jurídica futura, mas declara-se a relação jurídica presente com sua inevitável posteridade eficacial.

2. MOMENTOS ANTERIORES À **PERDA DA PROPRIEDADE IMO**BILIÁRIA. É preciso que se não confundam a perda da proviedade imobiliária, que se opera instantáneamente, e os momentos anteriores a ela, que podem ser relativos a direito expectativo ou a direito formativo gerador, ou a outro efeito de fato jurídico, que não produza a perda da propriedade, nem seja, por si, perecimento. A sentença favorável ao desapropriante, na ação de desapropriação, ainda não produz a perda, se bem que, trânsita em julgado e não havendo fundamento para declaração de inexistência, ou decretação de nulidade ou de rescisão da sentença, ou tendo precluído o prazo para a propositura da ação rescisória, *somente* dependa do suscitamento da transcrição a perda.

Se não houve a transcrição da sentença de desapropriação, não se pode pensar em já ter a propriedade, originariamente, segundo dissemos, a entidade estatal desapropriante. Se o bem *teria* de passar a entidade estatal, contra a qual não cone prazo de usucapião, a falta da transcrição permite que, antes de transcrição e da aquisição em virtude de destinação, alguém venha a usucapir.

Há, portanto, todo o interesse teórico e prático na distinção.

§ 1.640. Antinomia do justo e do julgado

1. INCIDÊNCIA E APLIcAÇÃO DA LEI. Ainda quando a justiça era de

mão própria, o titular do direito, da pretensão ou da ação, que fazia justiça para si-mesmo, aplicava a lei que incidira, e tal aplicação podia ser errada, ou inexata, dando-se a antinomia do justo e do julgado. Ó Estado passou, com o monopólio da justiça, a prometer a aplicação coincidente com a incidência; mas a despeito dos expedientes recursais e de reexame posterior à decisão trAnsita em julgado (ação rescisória de sentença, revisão criminal) continuou exposto a decisões injustas, que, todavia, transitam em julgado.

2. **PROPRIEDADE E INJUSTIÇA** A injustiça da sentença a não-coincidência entre a aplicação e a incidência da regra jurídica), desde que se dê o trânsito em julgado, formal e materialmente, opera *como se,* no passado, a história dos direitos fôsse aquela que se estabeleceu com a sentença. Em todo caso, advirta-se em que a fôrça ou a eficácia de coisa julgada, no que se refere à declaração das relações jurídicas, é só entre partes, o que faz haver versão da história dos direitos, a que o réu, perdente, se tenha de subordinar, sem que se imponha a outras pessoas.

Por exemplo: A, B e C transferiam a E a propriedade da casa, sôbre a qual E se cria com direito de propriedade; A propõe ação contra E, por anulabilidade por erro (ou dolo, ou simulação, ou violência) e E opõe que a coisa já

- era sua e apenas tivera o intuito de afastar alegações de A, por ser amigo de A, o juiz julga, declatoriamente, o direito de E; posteriormente, B propõe ação de nulidade contra E, por se tratar de parte inalienável de bem, e E

alega que já era dono. e tivera o intuito, apenas, de evitar litígios, porém não prova o dominio, que alegou, o juiz julga que o bem era, em parte, inalienável, e não se transferira o dominio a E. As duas sem sentenças contam diferentes histórias da coisa e, transitando em julgado, têm a conseqUência de não ver aquela o título de A e essa a de não ver o titulo de B. Se dizemos que A e B houveram do pai, por herança, as partes no bem, como C, a antinomia do justo e do julgado contorce a história da coisa e dos direitos sôbre ela.

3. PERDA DA PROPRIEDADE POR INJUSTIÇA DA DECISÃO. A antinomia transplanta-se ao plano da aquisição e perda do direito de propriedade: quem foi julgado, sem mais recursos e precluída a ação rescisória, dono, dono é, embora não no fôsse; quem era dono e foi julgado não-dono, dono deixou de ser, mas tem-se como tendo sido.

Daí não se poder considerar a injustiça como causa de perda da propriedade, ou de aquisição. A descrição do mundo jurídico pela sentença impõe-se ao mundo jurídico, inserindo-se nêle.

§ 1.641. Transcrição da transferência, e ações após ela

1. PERDA PELA TRANSCRIÇÃO E ATOS JURÍDICOS PARA SEREM TRANSCRITOS. O ato jurídico, a que se segue o acordo de transferência, que é abstrato, tem os efeitos que foram expostos quando se versou a matéria da aquisição da propriedade. Antes da transcrição, há as ações do outorgado para que se pratique êsse acto jurídico (dever e obrigação de declarar vontade) e para que se declare transferir a propriedade. Além dessas ações, há a ação do dono da propriedade para que se declare não existir aquele ato jurídico (= ação declaratória negativa) da relação jurídica de que se irradiaria o dever de transferência) ou para que se declare existir; ou a ação declaratória, positiva ou negativa, do acordo de transferência. Pode ser proposta, por exemplo, a ação declaratória da existência da relação jurídica de compra-e-venda (z ação em que se declare que se prometeu vender e outrem prometeu comprar) e a ação declaratória da inexistência de relação jurídica oriunda do acordo de transferência (= ação declaratória negativa da não-vinculação por acordo de transferência). Tal espécie ocorre quando, na escritura pública de compra-e-venda, se disse que se prometia transferir sem se ter dito “e pela presente escritura pública transmite a propriedade e a posse”.

Há as ações do outorgado para que o outorgante cumpra a obrigação de declarar (Código de Processo Civil, art.

1.006).

2. AÇõES APÓS A TRANSCRIÇÃO. Após a transcrição, há a ação declaratória positiva d‟o adquirente da propriedade, em virtude da transcrição, que se exerce contra o transferente, ou contra êle e contra o que transferira ao transferente, ou contra o que tinha a ação declaratória negativa e a ação retificativa do registro do imóvel contra o que constava do registro como dono e transferira ao autor, ou contra todos (procedimento edital), e há a ação declaratória positiva que pode propor o transferente que tenha interesse na declaração da transferência (= ação declaratória da não-existência da relação jurídica de propriedade imobiliária a favor do autor). Há, também, a ação de transferência para a declaração da inexistência ou invalidade

do negócio jurídico de transferência e d.o acordo de transferência, a que se há de cumular a ação de retificação do registro; e há a ação de invalidade do próprio registro.

 O terceiro pode ir contra a perda da propriedade pela transferência se tem interesse na declaração da inexistência de negócio jurídico de promessa e do acordo de transferência, cumulada a ação de retificação do registro, e as ações de invalidade do negócio jurídico e do acordo, circulando a de retificação do registro, ou somente do acordo, cumulando a de retificação do registro, e as de invalidade do registro. Nas ações por invalidade do negócio jurídico, estão incluídas as ações de anulação por fraude contra credores. Nas ações declaratórias negativas estão incluídas as ações declaratórias de ineficácia por extemporaneidade do ato a respeito de bens daquele que teve declarada a falência.

Se o que não era dono transferiu, não constando, como dono, do registro de imóveis, o dono (aí terceiro) tem ação declaratória da ineficácia da transmissão. Se não era dono mas constava do registro de imóveis, o terceiro que tinha a ação de retificação, perde-a, devido à aquisição pelo outorgado, segundo o registro. Entenda-se, porém, que em todas essas espécies supomos que não tenha havido inscrição que pré-retirasse a fé pública do registro de imóveis.

§ **1.642.** Renúncia e ações

1. RENÚNCIA E AÇõES ANTES DA TRANSCRIÇÃO. Antes de ser transcrita a renúncia, consta do registro de imóveis como proprietário, que ainda o é, o dono do imóvel segundo o último título transcrito. No negócio jurídico da renúncia, há o ato jurídico de disposição; mas, por êle ser unilateral, não se lhe juntou acordo de transcrição, nem é de uso declarar-se que se dá poderes a alguém para levar **à** transcrição, se bem que tal declaração unilateral de vontade, que, nos negócios jurídicos unilaterais, substitui o acordo de transmissão, seja possível.

Todavia, antes da transcrição, a renúncia, que é negócio jurídico unilateral, pode ter sido ato de adimplemento de alguma obrigação e ter-se obrigado o renunciante, também, a promover a transcrição. Aí, há a ação para que renuncie (ação da promessa de declarar, que, processualmente, está regulada no art. 1,006 do Código de Processo Civil), e a ação para que promova a transcrição (obrigação que se sujeita aos mesmos princípios). Ou se exercem as duas, ou, tendo havido apenas a renúncia, a segunda.

Também pode ocorrer que o renunciante haja dado poderes a alguém para a promoção, com ou sem obrigação perante outrem. Então, se não houve assunção de obrigação à dação de poderes, a omissão do terceiro implica em que se perca a propriedade, salvo se o renunciante mesmo promove a transcrição. Se houve assunção de obrigação, tudo se passa segundo os princípios que regem o adimplemento do negócio jurídico de que ela se irradiou.

Se os poderes foram conferidos **à** pessoa a que se prometeram a renúncia e a transcrição, tais poderes podem ser tornados ineficazes se, no intervalo, o renunciante por outro negócio jurídico transfere a propriedade e se dá a transcrição.

Cumpre ainda observar-se que o que consta como renunciante tem ação para se declarar a falsidade da renúncia (ação declaratória a que se cumula a de invalidade da escritura pública) e a ação declaratória positiva para ser declarado que renunciara.

2. RENÚNCIA E AÇÕES DEPOIS DA TRANSCRIÇÃO. Após a

transcrição, a propriedade não mais figura em nome do renunciante. As ações que podem advir são: a) a ação de retificação do registro, que se há de cumular à ação de invalidade do negócio jurídico, promovida pelo renunciante, ou seu representante legal, ou pessoa que deveria assentir na renúncia, ou promovida por terceiro *(e.*

g., ação de anulabilidade por fraude contra credores); b) a ação declaratória da falsidade da re

- núncia, a que se cumulam a de invalidade da escritura pública (ação constitutiva negativa), e a de retificação do registro; e) a ação declaratória da ineficácia da renúncia, no todo ou em parte *(e.* g., o renunciante constava do registro, porém não era o dono, não se tendo afastado a ação de retificação do registro pelo verdadeiro dono, espécie em que se cumulam a ação de retificação do registro anterior, a ação declaratória de ineficacia da renúncia e a ação~ de retificação da renúncia; o renunciante, que era meeiro dos bens, se casara, após à aquisição, sob o regime da comunhão de bens, e renunciou a propriedade de todo o bem, ação a que se há de cumular a de retificação do registro) ; *d)* a ação declaratória positiva do renunciante, para se declararem a existência e a eficácia da renúncia.

§ 1.643. Abandono e ações

1. ANTES DA AQUISIÇÃO PELO FISCO. Antes da aquisição pelo Fisco, apura-se a existência, ou não, do fato do abandono. A ação contra a arrecadação é declaratória negativa, exercível por simples comparência perante o juízo arrecadador para se declarar e mostrar que não houve abandono.

O terceiro interessado tem a mesma ação, exercível pelo mesmo modo, se *alega* e *prova* que abandono não houve.

2. A AQUISIÇÃO PELO FISCO. **É** preciso que se não confundam o bem arrecadado como de ausente e o bem arrecadado como abandonado. Pode dar..se que a espécie contenha ausência e abandono; mas há ausência, que permite arrecadação sem que ocorra abandono, e abandono sem ausência. Dai ser inconfundível com a perda da propriedade segundo o art. 589, III, e § 29, a transmissão da propriedade por sucessão segundo os arts. 469-483

(cf. Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.~). Para que haja os elementos da ausência e do abandono, faz-se mister que o abandono tenha ocorrido *antes* da ausência: não se arrecada como bem abandonado o bem da pessoa a respeito da qual se compuseram os pressupostos para se arrecadarem os bens como de ausentes, se bem que se possam arrecadar como de ausentes bens de pessoa a quem algum bem ou alguns bens foram antes arrecadados como abandonados.

Por outro lado, é possível que se converta em arrecadação de bens de ausentes a arrecadação que se fizera como de bem ou bens abandonados, mas em tal espécie ficou provado que abandono não houve, mas ausência.

Após a arrecadação por abandono e a aquisição pelo Fisco, pelo fato do abandono, nada há, mais, a alegar-se, salvo se o perdente da propriedade pode invocar fundamento para a ação de nulidade ou de rescisória da decisão que entregou os bens ao Fisco. Todavia, proponíveis são as ações dos terceiros, quer de nulidade, quer de rescisão, se legitimados segundo o~ princípios. (Tratando-se de sucessão em bens de ausentes, ainda depois da sucessão definitiva espera-se, durante dez anos, o ausente, conforme o art. 483; somente após dez anos é que a propriedade passa ao Estado, *derivativamente.)*

A aquisição da propriedade pelo Estado pelo fato do abandono (arte. 589, III, e § 29) é *originária:* o abandono é causa de perda sem que outrem adquira, desde logo e transmissivamente. A aquisição da

propriedade pelo Estado, pelo fato da ausência, que se prolongou pelo tempo previsto na lei após a arrecadação, é *derivativa:* o Estado sucede ao ausente, cuja morte se presumiu.

§ 1.644. Perecimento do imóvel e ações

1.

PERECIMENTO DO IMÓVEL E INTERESSE DO PERDENTE OU DE TERCEIRO NA DECLARAÇÃO.

Se o imóvel pereceu, pode dar-se que o perdente tenha interesse em que se declare a existência da relação jurídica de propriedade (dita, elíptica-mente, ação declaratória do perecimento do imóvel). Terceiro pode ter Interesse na ação declaratória negativa, ou, se entende que não pereceu o imóvel, na ação declaratória positiva.

2.

AÇÕES CONEXAS À DECLÂRATÓRIAL. Ao lado da declaratória, ou, simplesmente, alegado na ação única o fato, notório ou não, do perecimento, o que torna a declaração *quaestto praeiuditialís.* pode ter o perdente interesse em que se declare o perecimento (se declarem a inexistência, devido ao perecimento, da relação jurídica de propriedade imobiliária, *mas* a inexistência da relação jurídica obrigacional, por culpa do autor); *e. g.,* arts. 870, 876, 879, 886, 887 e 895 §§ 1.0 e 29.

O terceiro pode ter interesse em que se declarem a inexistência da relação jurídica de propriedade mais a existência da relação jurídica obrigacional, por culpa do devedor.

§ 1.645. Perda pelo advento do termo ou implemento da condição

1. ANTES DO ADVENTO DO TERMO OU DO IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO. Se ainda não cessou a propriedade imobiliária resilível, há as ações declaratórias da relação jurídica de propriedade imobiliária, em que a sentença tem de dizer quando cessa, e as ações declaratórias da relação jurídica de que resultou ter alguém o direito expectativo à propriedade imobiliária ou à propriedade fideicomissária.

2. APÓS O ADVENTO DO TERMO OU DO IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO. Se já cessou a propriedade imobiliária de quem a tinha sujeita à resolução (melhor, resilição, que é resolução ex *nuno),* o perdente tem as ações que correspondem a todo perdente, e o proprietário que se lhe segue, as suas. Ações declaratórias e condenatórias podem resultar do negócio jurídico que fêz resilivel a propriedade.

Por outro lado, tem o nôvo proprietário as ações oriundas do art. 647 *(e.* g., ação declaratória negativa da existencia de relação jurídica resultante de negócio jurídico do proprietário anterior).

Na espécie do art. 648, a pessoa, que havia de receber o bem, não o recebeu; e a ação que lhe cabe é a de restituição ou de prestação do valor, ação pessoal em que se pede a coisa *ou* o valor.

3. REVERSÃO DE BENS. O que acima se disse pode ser invocado a respeito das reversões de bens, em se tratando de concessões.

§ 1.646. Perda por incursão do Estado e ações

1. INCURSÃO POR INTERVENÇÃO NA ECONOMIA OU EM PLANEJAMENTO URBANISTICO OU

RURAL OU EM MEDIDAS DE VIA PÚBLICA OU OUTRO INTERÉSSE PÚBLICO**.** O proprietário tem a ação declaratória positiva por perda da propriedade imobiliária, porém, também, a ação para que se declare que, a despeito da intervenção na economia, ou da medida administrativa de interesse público, ou por inconstitucionalidade ou ilegalidade da medida, não houve a perda da propriedade imobiliária. Tem ainda a ação para haver a indenização. O mandado de segurança pode, satisfeitos os pressupostos, ser intentado.

2. DESAPROPRIAÇÃO. Se a sentença de desapropriação e nula, desapropriação não houve. Se é rescindível, a ação a propor-se é a ação de rescisão de sentença. Há, também, se, na desapropriação, houve infração da regra jurídica de indenização prévia e justa, a ação de condenação à indenização, ainda sem culpa. O Estado apenas se pode defender com a alegação de que o autor anuiu em tudo que se fêz durante o processo da desapropriação, ou que, alegando a infração e o dano, recorreu e perdeu o recurso (caso em que teria de propor, antes, a ação rescisória da sentença proferida em via recursal).

O perdente da propriedade imobiliária por desapropriação pode ter

interesse em que se declare essa perda; ou em que se declarem essa perda e a inexistência de relação jurídica obrigacional, oriunda de culpa (e. *g.,* arts. 870, 876, 879, 886, 887 e 895, § 1.0 e 2.0).

Os assuntos de que estamos a tratar, embora de direito público, tão profundamente golpeiam a ordem jurídica privatística, e o reflexo é tão intenso, que se tem de dar conta no plano do direito privado de tudo isso que no direito público se passa e invade, permitidamente ou não, o campo do direito privado.

Por onde se vê que não é possível tratar-se qualquer ramo do direito sem se ter em mente todo o sistema jurídico.

Sem isso, não se lhe pode apanhar a estrutura lógica, nem, tão-pouco, é possível conhecer-se a linha de contacto ou a anfratuosidade que um ramo do direito causa em outro ramo.

CAPITULO XIII

REVERSÃO DE BENS DESTINADOS A SERVIÇO AO PÚBLICO

§ 1.647. Concessão e reversão

1.DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO. Quando a entidade estatal entrega, resolutivamente, bem ou bens seus a alguma empresa, com transmissão da propriedade, os bens voltam em virtude da cláusula de determinação mexa, o que não oferece qualquer dificuldade, conforme ficou exposto nos §§ 1.598-1.601. Se os bens, que hão de ir à entidade estatal (União, Estado-membro, Distrito Federal, Territorial ou Município), não pertencem à entidade estatal e são os bens com que a empresa se instala para prover ao serviço ao público, não há a volta à entidade estatal, se bem se fale de *reversão.* O tOmo cria certa obscuridade.

2.REVERSÃO. O direito de retôrno ou de reversão é o direito a que a coisa, ou valor, que a alguém pertencia lhe volte, ao advento do termo

resolutivo ou da condição resolutiva. Ou nasce da lei, ou de negócio jurídico *(e.* g., Código Civil, art. 283). É válido o pacto reversivo nas doações, porém não se subentende (MANUEL ÂLVARES

PÉGAS, *Resolzttiones Forenses,* III, 504, antes, ÃLvAxo VALASCO, *Decisionum Consultationum,* II, 307); bem assim nos outros negócios jurídicos, ainda que a respeito de imoveis.

Se a concessão não constou de entrega de bens, ou de valor, que se possa entender vertido (= investido, segundo o anglicismo corrente), a noção de reversão é forçada; porque nada retorna, nada reverte, salvo se se parte da superada e obsoleta concepção do *dominium eminens.* A rever-ão dos bens à Coroa segundo as Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 35 (Lei de D. Duarte, de 8 de abril de 1434), de algum modo o supunha. No Alvará de 25

de fevereiro de 1761, a reversão referia-se a bens que a Coroa haviam saído e a bens vacantes.

Para se poder afeiçoar à concepção contemporânea, que convém às concessões, o termo "reversão", tem-se de fugir ao étimo de *reversio,* ou se supor que a concessão mesma constitui *valor,* ao qual se sub-rogariam os bens provindos do capital invertido em bens e vinculado. Outra construção possível seria a de reverter o que correspondeu à atividade, que poderia ter sido a do Estado, porém êle concedera à empresa. Em verdade, a cláusula de reversão é apenas a de resolução da propriedade (aliás, do patrimonio especial), a favor do concedente.

3. REvERsÃO E OUTRAS CATEGORIAS JURÍDICAS. t preciso que se não confundam a *reversão,* o *resgate,* que é o resultado do exercício do direito a denunciar a concessão, a *encampação,* que é o efeito de negócio jurídico entre a unidade estatal e a empresa, para que, sem reversão preestabelecida, ou independente dela, se dê a transíação dos bens e negócios estatal, a *resilição* por inadimplemento e a *desapropriação,* que se rege pelo art.

141, § 16, 1a parte, da Constituição de 1946.

O direito de resgate somente existe se há cláusula de denúncia vazia ou cheia (= a líbito do concedente) ; se se estipulou que nos casos, a, b e o se pode resgatar, há denunciabilidade, com direito ao resgate, a que se procede com a indenização. Se se disse que seria resgatável nos casos de infração de contrato, a figura, que em verdade há, é a da resolubilidade por inadimplemento, que, aliás, não precisa, para existir, de se inserir cláusula no contrato. O

princípio do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil é principio geral do direito brasileiro. A resilição em virtude de inadimplemento (ou de adimplemento ruim) tem as conseqUências da reversão em virtude do principio de continuidade necessária do serviço ao público.

4. PROPRIEDADE RESILÍVEL. Sôbre os bens reversíveis, a empresa concessionária tem, de regra, propriedade resilível. Não é simples usufrutuária. Quem tem usufruto não tem de reverter: à cessação do usufruto, cessam o *usus* e o *fructwS.*

O bem tem de ser entregue, o que só se faria no terreno dêsses direitos e, pois, da posse: o dominio existia e continua de existir, embora haja cessado o usufruto. Não é isso, de ordinário, o que se passa quanto aos bens das empresas de serviços ao público:

ou os bens pertenciam ao Estado e há a concessão e o contrato sôbre os bens, não se podendo reduzir a categoria jurídica contratual a uma só (pode ser locação, ou transferência de dominio, com a cláusula de reversão, constituição de usufruto, etc.), ou não pertenciam, o que é o *quod plerum que fit,* e há propriedade resolúvel.

A distinção entre bens do *património geral* e bens do *patrimonio especial,* reversível, é de considerar-se o ponto de partida para qualquer interpretação das cláusulas de reversão. Foi em tôrno dela que se travou a discussão em juízo, ao tempo das ações executivas por impostos predial e territorial. Não raro terminaram. Por transação? Não.

Em muitos acordos não se descobre transação; mas *satisfação da pretensão,* por se ter admitido interpretação do contrato: “Se as partes acordarem em interpretação, não pode o juiz impor outra interpretação, salvo se ataca alguém a quem interessa a eficácia do ato jurídico

§ 1.648. Fundamento da pré-configuração e do contrôle

1.NATUREZA DOS SERVIÇOS AO PÚBLICO. A natureza dos serviços ao público justifica que haja pré-

configuração e contrôle em lei, ou em contrato, quanto a certas empresas de economia privada, ou a simples pré-

configuração em contrato entre o Estado e a empresa, ou contrato de adesão. Surgem, de regra, atos permissivos (as vêzes autorizativos) e atos concessivos, correspondentes aos dois conceitos inconfundíveis de *concessão,* que supõe ter o Estado a atividade cujo exercício transfere à empresa, mediante cláusulas limitativas ou restritivas, e de *permissão* (licença, autorização, etc.). Entre essas cláusulas está a de reversão dos bens, terminado o tempo da concessão, no tocante aquilo que é mister à asseguração da continuidade do serviço. (Pode dar-se que o próprio serviço ao público seja temporário.)

2. ATO JURÍDICO DA CONCESSÃO. A concessão é ato jurídico administrativo unilateral, que não se confunde com o contrato (negócio jurídico bilateral) em que se regulam direitos e deveres, pretensões, obrigações e ações dos interessados, concedente e concessionário, O fato de se inserir no contrato o que concerne à concessão não a bilateraliza. A cláusula de reversão é declaração de vontade, que supõe a bilateralidade do negócio jurídico, O Estado não pode unilateralmente estabelecê-la. Ainda se a insere em lei, a manifestação de vontade do concessionário é indispensável, entendendo-se que a regra legal é cogente, se houver o negócio jurídico bilateral.

3. CONTRATOS CONCERNENTES Á CONCESSÃO. Nos contratos em que se regulam os direitos e deveres das empresas concessionárias, tem-se de prover ao que há de reger o serviço ao público, cessada a concessão, a) Se nada se estabeleceu, o que seria, em política jurídico-administrativa, desaconselhável, entende-se que o Estado tem o direito de opção para aquisição da empresa, mediante indenização. Tal opção faz o ato do Estado exercício de direito formativo gerador, em vez de exercício do direito de desapropriação, que se teria de subordinar ao art. 141,

§ 16, 13 parte, da Constituição de 1946. Então, salvo cláusula em contrário, o valor é o valor bruto, e não o do tempo da aquisição. ti) Pode estabelecer-se o direito de resgate, que é o de denunciar o contrato, em denúncia vazia ou cheia, mediante indenização, É o *pactum de vendendo,* no plano do direito público, quanto à concessão, e, no plano do direito privado, quanto à aquisição dos bens vinculados. De modo nenhum se confunde com a desapropriação. *c)* A reversão é a cláusula mais freqUente. Implicitamente se pôs como premissa que a necessidade de continuidade do serviço ao público exige, *in casu,* a transíação dos bens vinculados, cessada a concessão. Se a reversão é sem contraprestação, segunda premissa, também implícita, é a de ter a exploração, durante o tempo marcado à

concessão, remunerado suficientemente o capital da empresa.

§ 1649. ContinuIdade necessária dos serviços ao público

1. CESSAÇÃO DA CONCESSÃO E INTERÉSSE NA CONTINUINADE DO SERVIÇO **AO** PÚBLICO.

Quando cessa o vinculo juridico criado pela concessão, cessam, para o concessionário, o dever de manter a empresa e quaisquer direitos relativos a ela e seu funcionamento. Os direitos e deveres, que à empresa nasceram em virtude da concessão e do contrato, extinguem-se; podem exsurgir direitos e deveres que correspondem à permanência na exploração já em nome do Estado, porém tais direitos e deveres, ainda se de igual conteúdo, são outros direitos e deveres.

O serviço ao público, uma vez iniciado, insere-se na vida social, econômica e jurídica, da comunidade, de modo que, em princípio, se postula a continuidade dos serviços ao público, não se devendo pensar na suspensão ou interrupção deles, sem que outro serviço se haja instalado em situação de eficiência, que permita a substituição. Ao principio da continuidade dos serviços ao público prendem-se os deveres de mantença durante a vigência da concessão, e o dever de assegurar a reversão dos bens vinculados, terminada a concessão, à entidade estatal, ou a alguma entidade que o Estado aponte, ou outra solução que

o Estado prefira. A reversão traduz, no plano da titulariedade dos direitos reais, a necessidade de que permaneça, com a mesma destinação ao serviço concedido, tudo que a êle era indispensável, ou útil, ou, ainda voluptuário, se inserira como parte integrante ou se juntara, como pertença, ao bem destinado.

2. DESTINAÇÃO E PATRIMONIO ESPECIAL **A** destinação estabelece qualidade objetiva dos bens, que ficam, por isso mesmo, *partes patrimonio.* **-** Se há cláusula de aquisição pelo valor de instalação, ou pelo valor da data da cessação da concessão, segundo outro critério, tal valor global é o valor do patrimonio, segundo o conceito do Código Civil brasileiro, art. 54, II, 55 e 56, que é o mais perfeito até hoje alcançado na técnica legislativa. Se há cláusula de reversão, com ou sem contraprestação, o que reverte isto é, verte para trás, ao concedente é o que foi vertido na exploração e permanece. O Estado tem o *direito de vigilância* de todos os atos da empresa concessioná..

ria que sejam concernentes ao aparelhamento e ao funcionamento, de modo que tem o direito à cadastração e à observância de regras que sejam concernentes ao poder de dispor, no que as disposições possam ser danosas **à** eficiência do serviço ao público.

Em principio, os bens cadastrados ou cadastráveis, não podem ser alienados, nem de qualquer modo pode haver sôbre eles ato de disposição; mas, no que não lhes altera a unidade funcional, podem ser substituidas as partes integrantes e pertenças.

3. REVERSIBILIDADE E PATRIMONIO ESPECIAL. A reversibilidade entende-se quanto aos bens destinados **à** prestação do serviço ao público. Se A, pessoa física, é o concessionário, os bens que A adquira, fora do que é destinado à exploração da empresa, não ficam ligados ao serviço ao público, nem se compreenderia que se impusesse tal cláusula que ofenderia direito de personalidade. Se a concessionária, B, é pessoa jurídica, dá-se o mesmo: a pessoa jurídica que preexistia, ou se criou para a exploração do serviço ao público, não sofre "restrição" à personalidade; pode doar, comprar, vender, instituir fundações, e praticar quaisquer atos jurídicos que não ofendam o serviço público e estejam na classe dos atos jurídicos que se permitam às personalidades jurídicas em geral. Quando se concede concede-se a pessoa, física ou jurídica, sem que se lhe restrinja a capacidade jurídica.

Quanto aos bens, imóveis ou móveis, que a empresa adquira, e não tenham a *destinação concensual,* são bens do patrimonio geral da empresa, e não do *patrimonio especial,* vinculado ao fim do serviço ao público. A empresa tem o *dever de respeitar a discrimina ção* (Tomo V, *§* 596, „7), tanto mais quanto podem ser penhorados, arrestados, seqUestrados, ou por outro modo constritos bens do patrimonio comum, e depende do que se estabeleceu no ato da concessão o poderem ser penhorados, arrestados, seqUestrados, ou por outro modo constritos os bens do patrimonio especial.

4. PRÉ-INCLUSÕES E PRÉ-ExCLUSÕES. A cláusula de reversão concerne a todos os bens vinculados à concessão, isto é, ao serviço ao público, tal como a êle se há de prover no momento da extinção da concessão. Se se quer que algum bem escape a reversão, embora necessário à exploração do serviço, tem de ser inserta a cláusula pré-excludente;, então, reversíveis são todos os bens *menos* o bem que se excluira. Se se quer que algum bem, que é desnecessário e inútil à execução do serviço concedido, entre na classe dos bens reversíveis,

tem-se de formular cláusula expressa, que o inclua. Em todo o caso, bens voluptuários podem ser tornados partes integrantes ou pertenças, se há razão para se entenderem ligados ao patrimonio especial *(e. g.,* placas comemorativas ou em homenagem, prêmios em concurso).

5. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS SÔBRE REVERSÃO E SÔBRE NÃO-REVERSÃO. Na interpretação das cláusulas de reversão, tem-se de partir: *a)* dos termos da cláusula, como referente a todos os bens incluidos no patrimonio especial e somente êles, salvo manifestação bilateral de vontade em contrário; ti) se há dúvida sôbre algum bem, ou classe de bens, a interpretação pelos interessados é recebida como a exata expressão do conteúdo da cláusula, ainda que se trate de negócio jurídico declarativo.

§ 1.650. Poder de dispor, durante a concessão

1. DISCRIMiNAÇÃO DOS BENS E PODER DE DISPOR. O poder de dispor dos bens reversíveis só se restringe no que prejudicaria o aparelhamento e funcionamento da empresa, razão por que seria mister, para a disposição, assentimento do Estado. No que não há prejuízo para êsse aparelhamento e financiamento, a cada ato de disposição, se o bem está vinculado, dá-se a sub-rogação real; se o bem não está cadastrado, mas teria de o ser, igualmente se dá a sub-rogação real, devido ao princípio geral do direito brasileiro (Código Civil, art. 56).

2. BENS NÃO-VINCULADOS. Quanto aos bens não-vinculados ao serviço público, não há pensar-se em reversão; se especialmente não se incluiram na classe dos bens que hão de reverter.

§ 1.651. Acidentes dos patrimonios

1. DESTINAÇÃO E PRESDESTINAÇÃO. Pode dar-se que o bem destinado a fim de serviço ao público se desdestine, temporâriamente, ou definitivamente, sem sub-rogação real.

a) A desdestinação temporária não tira ao bem o vínculo, nem exige sub-rogação, devendo-se entender que também temporâriamente há de ficar subordinado ao regime dos bens não-vinculados, se há outra destinação que não seja ao serviço ao público. A destinação opera, ai,

como encobridora das isenções, porque a tolerância somente poderia consistir em se considerar a desdestinação como lapso, e não seria possível pensar-se nisso se, em vez de lapso, há mudança de destinação. É o caso do bem cadastrável, ou cadastrado, que passa a ser locado ou explorado com outro fim: não sai êle do patrimonio especial, mas a nova destinação o submete ao regime do patrimonio comum.

b) A desdestinação definitiva ou se dá com a passagem do bem ao patrimonio comum, se foi regular a desdestinação (obsolência de maquinaria, mudança de estação), ou, se foi irregular a desdestinação, com a permanência dele no patrimonio especial *(e.* g., supressão irregular de garagem, ou poços, ou reservatórios de água).

2. DESnNAÇÂO E PODER DE **DISPOR.** Quanto ao poder de dispor, em se tratando de bem não-reversível, pode ser estabelecido, em lei ou em contrato, que a alienação depende de assentimento da entidade estatal concedente, mas tal cláusula se há entender fundada em necessidade de discriminação dos dois patrimonios, e só existe se foi expressa. Na prática administrativa do Brasil, hoje se insere a cláusula com a *função fiscalizadora* e a *função discriminativa,* isto é, para se saber se a alienação não prejudica o serviço concedido, e para se saber se o bem entra na classe dos bens do patrimonio especial, ou se não entra. Assim, a atribuição de exame, tratando -se de bens que não são destinados ao serviço público (= à empresa em si e seu funcionamento), não basta para se ter por imposta a cláusula de reversibilidade. Nem a falta de tal atribuição é suficiente para se ter como não-reversível o bem destinado ao serviço ao público. O critério único é o da destinação, de jeito que há regra jurídica não-escrita, de natureza dispositiva, que se pode formular: “Se foi estipulada a reversão, compreende ela todos os bens destinados às instalaçÕes da empresa e ao seu funcionamento, salvo se foi expressamente incluido na classe dos bens reversíveis bem não destinado às instalaçÕes da empresa ou se o funcionamento, ou se algum bem que havia de ser reversível foi excluído”.

CAPITULO XIV

TRANSMISSÃO A CAUSA DE MORTE

§ 1.652. Morte e presunção de morte

1. TRANSMISSÃO SEM PERDA. **A** morte não é causa de perda da propriedade. O titular mesmo desaparece, sai da relação jurídica. Conforme as diferentes concepçÕes do homem, a propósito do morto, a sucessão a causa de morte foi construída, primitivamente, com o conceito de sobrevivência, em suas múltiplas variantes, depois, com a solução mais alta, mais técnica, mais próxima à realidade, que é a da saisina. O herdeiro põe-se no lugar do morto sem precisar de qualquer ato seu, ou de outrem: a lei coloca-o como senhor e possuidor do que herdou, automâticamente.

Na presunção de morte, tudo se passa à semelhança, mas são de mister dois atos judiciais que estabelecem a abertura da sucessão provisória e a da sucessão definitiva.

2. **MORTE E PERDA.** As concepçÕes que viam no herdeiro continuação do defunto, ou representante do defunto, ou da herança, foram repelidas. O herdeiro é o titular, quer tenha noticia da herança, quer não tenha, desde que a morte ocorreu. A única projeção da pessoa do defunto é falsa projeção, a do cumprimento de suas últimas vontades, expressas em testamento ou em codicilo. Não é a vontade projetada que se cumpre; o que se cumpre, após a morte, é a vontade que se exprimiu ao tempo da vida, ainda que se haja de entender "para depois da morte".

O morto perde-se, em verdade, a si-mesmo; não perde a propriedade. A transmissão da propriedade ocorre, porque alguém acabou e no lugar dele alguém há de ficar. Daí ter-se construído a sucessão legitima, ou necessária, ou para o caso de não ter sido feito testamento.

Na presunção de morte, há incerteza sôbre a morte. Pode ser que tudo se faça pensando-se em se deferirem o pedido de sucessão provisória e o pedido de sucessão definitiva, ou de se entregarem ao Estado os bens, e se venha a conhecer o momento da morte. Então, a verdade predomina: a sucessão ocorreu, com a saisina, se herdeiros havia; no momento da morte, tornando-se ineficazes todos os atos que se praticaram na suposição de se ter de observar o processo especial dos arts 463483.

§ 1.653. Transmissão e transcrição

1. TRANSCRIÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS ENTRE vívos.

A propriedade, nos atos jurídicos entre vivos, só se transmite com a transcrição. Na própria desapropriação, em que há perda sem transferência, a sentença apenas é título para a transcrição. A lei que estabelecesse transmissão entre vivos sem o ato do registro de imóveis seria *lez specialis.*

2. TRANSCRIÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS **A CAUSA DE MORTE.**

O ato jurídico para efeitos ao tempo da morte ou é entre vivos, de modo que a transcrição cria o direito expectativo ou o direito formativo gerador a favor de alguém, ou é disposição de última vontade, que se há de cumprir após a morte. Ao bem imóvel que se deixa em herança ou em legado tem de mudar, *no registro,* a titularidade do direito. Se houve a saisina, a transcrição (ou a inscrição, tratando-se de direito real limitado) apenas faz coincidir com a história do bem, na ordem jurídica, a história do registro: aí, o registro não constitui, apenas *reflete;* e produzem-se, com êle, os efeitos dos atos que puseram termo à indivisão, se indivisão havia.

CAPITULO XV

CONSIDERAÇÕES FINAIS

§ 1.654. Bens imóveis e bens móveis

1. DIREITO IMOBILIÁRIO. Terra e trabalho humano são as fontes maiores da riqueza. Os bens móveis, na maioria deles, são feitos com produtos ou frutos da terra, em que a atividade humana se inseriu. O dinheiro e os papéis de crédito representam valores e direitos pessoais; de modo que é a causa da comidade que os faz “móveis”, sendo que a negociabilidade lhes imprime, até certo ponto, a natureza corpórea das coisas móveis.

O direito que rege os bens imóveis ou diz respeito ao que constitui o dominio, ou aos direitos reais sôbre êles, porém não se justificaria que tratássemos em duas seçÕes direito imobiliário e direito mobiliário do dominio e dos demais direitos sôbre imóveis e do dominio e mais direitos sôbre móveis. Os direito reais limitados merecem exposição à parte, em que só a respeito das coisas a que se referem se apure a imobiliariedade ou mobiliariedade deles.

Assim, após os tomos do *Tratado* especialmente dedicados à posse, sem distinção entre bens imóveis e bens móveis (Tomo X), e à propriedade imobiliária (Tomos XI-XIV), teremos de cogitar da propriedade mobiliária (Tomo XV) e) finalmente, dos direitos reais limitados (Tomos XVI e XVII), concluindo-se a tratação sistemática do Direito das Coisas.

2. DOMINIO E DIREITOS REAIS LIMITADOS. Alguns princípios jurídicos, no tocante ao direito das coisas, apanham todo o sistema jurídico; outros, são peculiares ao direito das coisas; outros, comuns ao dominio sôbre bens imóveis e sôbre bens móveis; outros, apenas a uma das duas classes; outros, finalmente, só se referem aos direitos reais limitados, ou a alguns dos direitos reais limitados, ou aos direitos reais limitados, concernentes a imóveis ou a móveis.

§ 1.655. Direito brasileiro

1. PECULIARIEDADES. Depois de se versar o direito que rege a propriedade imobiliária, no que concerne ao dominio, pode-se perceber a linha histórico-evolucional do direito brasileiro, e descortinar-se a que altura chegou, em muitos pontos, a técnica legislativa, no que continuou a tradição de terminologia exata e de discussão alerta, que recebemos dos velhos juristas portuguêses. Por outro lado, ressalta aos nossos olhos a assimilação consciente da cultura jurídica alemã, através das condificações germânicas.

2. AQUISIÇÃO E PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA. A matéria da aquisição e perda da propriedade imobiliária, no sistema jurídico brasileiro, é claramente regulada no Código Civil e em leis especiais, enquadrando-se, como era de mister, na Constituição de 1946. O maior mal tem sido, na jurisprudência, o pendor pela leitura de medíocres livros estrangeiros, ou, não raras vêzes, de livros estrangeiros que tratam de sistemas jurídicos que não contêm as regras jurídicas que o nosso contém ou que contêm regras jurídicas que o nosso não contém. Nunca é demais chamar-se a atenção para o fato de não ser o Código Civil brasileiro reflexo do Código Civil francês. Se Portugal, na reforma da legislação civil, muito se deixou influir pela legislação napoleônica, coube ao Brasil, caso único entre os povos latinos, permanecer até o segundo século sem codificação civil e poder edictar a lei nova após o Código Civil alemão e o suíço. Aliás, devido a TEIXEIRA DE PREITAS, em muito se forraram àquela influência a República Argentina e os países que se inspiraram no

Código Civil argentino.

Em muitos pontos, o sistema jurídico brasileiro, na parte que diz respeito à propriedade imobiliária é superior ao próprio sistema jurídico alemão.